Die Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich“ in Art. 50 des schweizerischen Obligationenrechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Baccal. jur. August Ernst
Fürsprech in Aarau (Schweiz)

Aarau, 1910. Druck von H. R. Sauerländer & Co.

Die Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich“ in Art. 50 des schweizerischen Obligationenrechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Baccal. jur. **August Ernst**
Fürsprech in Aarau (Schweiz)

ACAD. LUGD. BAT BIBL.

Aarau, 1910. Druck von H. R. Sauerländer & Co.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546813_0122

Inhalt.

I. Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe 1

§ 2. Die Bedeutung des Wortes „widerrechtlich" oder „rechtswidrig" in § 823 BGB und als Tatbestandsmerkmal im Strafgesetzbuch 3

II. Die Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" — „sans droit" — „atti illeciti" — in Art. 50 OR.

§ 3. Der Text des Art. 50 17

§ 4. Die herrschende Auslegung im Hinblick auf den französischen Wortlaut 22

§ 5. Das dem Ausdruck „widerrechtlich" entsprechende Merkmal als objektives Erfordernis des délit civil und quasi délit 27

§ 6. Das Resultat 35

Abkürzungen.

OR = Schweizerisches Obligationenrecht.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
StGB = Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
ZGB = Schweiz. Zivilgesetzbuch vom 10. XII. 1907.
C.c. = Code civil français.
BV = Schweiz. Bundesverfassung.
ZSchwR = Zeitschrift für schweiz. Recht.
ZSt R = Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht.
BGE = Bundesgerichtliche Entscheidungen, amtl. Sammlung.

Literatur.

1. Aubry et Rau, Cours de Droit civil français 2. E. T. 3. Strasbourg 1882.
2. Beling, Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.
3. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. A. Leipzig 1895.
4. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe. 2. Teil. Gotha 1883.
5. Derf., Juristische Prinzipienlehre. Tübingen 1905.
6. Binding, Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. Leipzig 1885.
7. Derf., Die Normen und ihre Übertretung. 1. Bd. 2. A. Leipzig 1890.
8. Derf., Lehrbuch des Gem. Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 1. Bd. 2. A. Leipzig 1902.
9. Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht. 3. Bd. Basel 1887.
10. Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Bd. 2. Abt. 2. A. Erlangen 1882.
11. C. Chr. Burckhardt, Die Revision des Schweiz. Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht. Referat in ZSchwR N. F. Bd. 22 S. 469 ff. Basel 1903.
12. W. Burckhardt, Kriminalpolitische Anforderungen an das schweiz. Zivilgesetzbuch. Referat in ZStR Bd. 15 S. 233 ff. Bern 1902.
13. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts auf der Grundlage des bürgerl. Gesetzbuches. 1. Bd. 4. A. Jena 1903.
14. Crome, System des deutschen bürgerl. Rechts. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen und Leipzig 1902.
15. Degenkolb, Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes im Archiv für Civil-Praxis. Bd. 76 S. 1 ff. Freiburg i. B. 1890.
16. Demolombe, Cours de Code Napoléon. 31. Bd. Paris 1882.
17. Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Halle 1905.
18. Egger, Kommentar zum Personenrecht ZGB. Zürich 1910.
19. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1. Bd. 9. A. Berlin 1903.
20. Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 1. Bd. 4. u. 5. A. Marburg 1909.

21. Fels, Die außerkontraktliche Schadensersatzpflicht des Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für Deutschland in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 35 S. 15. Berlin 1891.
22. H. A. Fischer, Der Schaden nach dem bürgerl. Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1903.
23. Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gem. deutsches Strafrecht. 1. Hälfte. Einleitung und allgemeiner Teil. München 1884.
24. Gmür, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizer. Zivilgesetzbuches. Bern 1908.
25. Goldmann u. Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1. Bd. Allgem. Teil u. Recht der Schuldverhältnisse. 2. A. Berlin 1903.
26. Haberstich, Handbuch des Schweiz. Obligationenrechts. 1. Bd. Zürich 1884.
27. Hafner, Das schweiz. Obligationenrecht mit Anmerkungen. 2. A. besorgt von Goll. Zürich 1905
28. Hafter, Personenrecht, Kommentar zum ZGB hgg. von Gmür. Bern 1909.
29. Hasse, Die Culpa des Röm. Rechts. 2. A. besorgt von Bethmann-Hollweg. Bonn 1838.
30. Hälschner, Das gem. deutsche Strafrecht. 1. Bd. Die allgem. strafrechtl. Lehren. Bonn 1881.
31. Hold von Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgem. Lehren des Strafrechts. 1. Bd. Jena 1903. 2. Bd. 1. Abt. Jena 1905.
32. Hölder, Kommentar zum Allgem. Teil des BGB. München 1900.
33. Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts. 4. Bd. Basel 1893.
34. Jacottet, Manuel du droit féd. des obligations. Neuchâtel.
35. Jung, Delikt und Schadensverursachung. Heidelberg 1897.
36. Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, Gerichtssaal Bd. 55 S. 1 ff. Stuttgart 1898.
37. Korrodi, Die strafrechtl. Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes. Nach kant. Recht und dem Vorentwurf zu einem schweiz. Strafgesetzbuch. Zürich 1908.
38. Krückemann, Institutionen des bürgerl. Gesetzbuches. Göttingen 1901.
39. Laurent, Principes de Droit civil Français. Tome 20. 2 E. Bruxelles-Paris 1878.

40. Leske, Vergleichende Darstellung des bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des Preuß. Allgem. Landrechts. 1. Bd. Berlin 1900.
41. Liechti, Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, spez. Boykott und Arbeitersperre. Dissertation. Zürich 1897.
42. Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalist. Bedenken gegen den Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1889.
43. Derf., Die Deliktsobligationen im System des bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1898.
44. Derf., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 9. A. Berlin 1899.
45. Martin, De la Responsabilité résultants des délits d'après le Code féd. des Obligations ZSchwR N. F. Bd. 8 S. 1 ff. Basel 1889.
46. O. Meyer, Die concurrence déloyale. Ein Beitrag aus dem französischen Recht zur Lehre vom geistigen Eigentum. Zeitschrift für d. gesamte Handelsrecht. Bd. 26 S. 363 ff Stuttgart 1881.
47. Merkel, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
48. Merkel, R., Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen. Straßburg 1895.
49. Meves, Kriminalist. Erörterungen aus dem Gebiet des bürgerl. Gesetzbuches. Goltdammers Archiv f Strafrecht. 46. Jahrg. S. 81 ff. Berlin 1898/99.
50. Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts.
51. G. Müller, Der Begriff der unerlaubten Handlungen im Sinn des BGB. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 65. Jahrg. S. 373 ff. Erlangen 1900.
52. Neumann, Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuches. 5. A. Berlin 1909.
53. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2 Bd. 7 A. Berlin 1905.
54. Oertmann, Welche zivilrechtlichen Folgen knüpfen sich an die im modernen Lohnkampf üblichen Verrufserklärungen, insbes. an das Verbot des Einkaufs und Verkaufs des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers? Verhandl. des 28. deutschen Juristentages. 2. Bd. S. 33 ff. Berlin 1906.
55. Derf., Das Recht der Schuldverhältnisse. Kommentar. 2. A. Berlin 1906.
56. Derf., Allgemeiner Teil. Kommentar. 2. A. Berlin 1908.
57. Oetker, Über Notwehr und Notstand nach §§ 227, 228, 904 des BGB in den Beiträgen zur Auslegung des BGB, hgg. von Bernhöft u. Binder. 4. u. 5. Heft. S. 237 ff. Leipzig 1903.

58. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht. Weimar 1867.
59. Pfaff, „Empfiehlt sich ein allgemeiner Rechtsschutz gegen unlautern Wettbewerb?" Referat gehalten am 23. deutschen Juristentag. 2. Bd. S. 461 ff. Berlin 1895.
60. Planck, Der Begriff der Widerrechtlichkeit in § 123 BGB. In der Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Regelsberger. S. 151 ff. Leipzig 1901.
60a. Rensing, Die Widerrechtlichkeit als Schadensersatzgrund. Freiburg i. Ue. 1892.
61. Regelsberger, Pandekten. Leipzig 1893.
62. Rossel, Manuel du Droit Féd. des Obligations. 2. A. Lausanne.
63. Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
64. Schaufuß, Die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Privatrechts eines Andern im § 823 des BGB. Dissertation. Köln 1899.
65. Schneider u. Fick, Das schweiz. Obligationenrecht. Kommentar. Zürich 1891. 2. A. Zürich 1896.
66. Schollenberger, Die Bundesverfassung der schweiz. Eidgenossenschaft. Kommentar. Berlin 1905.
67. Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im bürgerl. Gesetzbuche. 2. A. Berlin 1904.
68. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. A. Leipzig 1874.
69. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 5. A. Leipzig 1884.
70. Simon, Die concurrence déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil- und Strafrecht.
71. Sourdat, Traité Général de la Responsabilité ou de l'Action en Dommages-Intérêts en Dehors des Contrats. 2 Bd. 5. E. Paris 1902.
72. Stammler, Die Lehre von dem Richtigen Rechte. Berlin 1902.
73. Stooß, C., Das Verhältnis der zivilrechtl. Haftbarkeit nach Art. 50 OR zum kantonalen Strafrecht, insbes. bei Preßdelikten. ZSchwR N. F. Bd. 5 S. 571 ff. Basel 1886.
74. Stooß, Schweiz. Strafgesetzbuch. Vorentwurf mit Motiven franz. Übersetz. besorgt von Gautier. Basel und Genf 1894.
75. Derf., Tatbestand und Verbrechen in ZSt.R Bd. 17 S. 1 ff.
76. Derf., Die Strafrechtswidrigkeit in der Zeitschrift für ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 24 S. 319 ff. Berlin 1904.

77. Titze, Die Notstandsrechte im deutschen bürgerl. Gesetzbuche und ihre geschichtl. Entwicklung. Leipzig 1897.
78. Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch. Neue Fassung der Expertenkommission. April 1908. Bern 1909.
79. Wach, Kritik: Die Normen und ihre Übertretungen von Binding. Gerichtssaal Bd. 25, S. 432 ff. Erlangen 1873.
80. Weiß, Die Concurrence Déloyale, ihr Begriff und ihre Behandlung im Civil- und Strafrecht. Basel 1894.
81. Weyl, System der Verschuldensbegriffe im bürgerl. Gesetzbuche für das deutsche Reich. München 1905.
82. Wildi, Die Gründerverantwortlichkeit nach schweiz. Aktienrecht. Bern 1909.
83. Zachariae von Lingenthal. Handbuch des franz. Zivilrechts, bearb. von Crome, 2. Bd. 8. A. Freiburg i. B. 1894.

I. Einleitung.

§ 1. Die Aufgabe.

Die vorliegende Arbeit will einen Beitrag liefern zur Interpretation des Art. 50 OR, indem sie versucht, die Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „widerrechtlich" festzustellen. Von andern gelegentlichen Interpretationsversuchen unterscheidet sich der vorliegende durch den Ausgangspunkt. Während nämlich in dieser Beziehung fast alle Arbeiten, in der Mehrzahl mit Beschränkung auf den deutschen Textteil, von der Voraussetzung ausgehen, daß durch das Wort „widerrechtlich" der allgemeine Begriff der Rechtswidrigkeit in Art. 50 OR eingeführt sei und sich deshalb mit der Definition dieses Begriffs begnügen, wobei allgemein die sogenannte objektive Rechtswidrigkeit als Sinn des fragl. Merkmals bezeichnet wird, erscheint hier gerade die Richtigkeit dieser scheinbar selbstverständlichen Annahme als beweisbedürftig; denn die feststehende logische Wahrheit vom Fehlen eines an sich vorhandenen notwendigen Zusammenhanges zwischen der Bedeutung und dem als dessen Ausdruck fungirenden Wortes, verbunden mit der Erkenntnis, daß die „Bedeutung, welche den Worten für sich oder in einem gewissen Zusammenhang regelmäßig innewohnt" (Regelsberger, Pandekten, S. 145) sich vielfach nicht zu decken pflegt, läßt eine derartige von der herrschenden Lehre zum Ausgangspunkt genommene Voraussetzung dann als ungerechtfertigt erscheinen, wenn Gründe für eine mehrdeutige Verwendung

des betreffenden Wortes vorliegen. Das scheint mir aber bei dem in Art. 50 OR verwendeten Ausdruck „widerrechtlich" in der Tat der Fall zu sein. — Übrigens hätte schon der Umstand, daß die dem Worte „widerrechtlich" in Art. 50 entsprechende französische Wendung nicht, wie man erwarten sollte und wie es ursprünglich auch geheißen hat, „contre la loi" oder „contre le droit", sondern „sans droit" lautet,[1] der herrschenden Auslegung zum mindesten Veranlassung geben sollen, ihre Auffassung über den Sinn des Merkmals „widerrechtlich" gegenüber der ganz anders deutigen französischen Ausdrucksweise zu rechtfertigen. — Jedoch auch bei einseitiger Rücksichtnahme lediglich des deutschen Textes läßt sich, gegenwärtig wenigstens, angesichts der in der Literatur des geltenden deutschen Rechts vielfach bezeugten Existenz eines besondern Sprachgebrauchs, nach welchem der Ausdruck „widerrechtlich" als Tatbestandsmerkmal in einer vom Wortsinn abweichenden Bedeutung verwendet wird, die gestellte Aufgabe nicht einfach durch den Rekurs auf die wörtliche Bedeutung umgehen. — Die nach der Sachlage gebotene Fragestellung muß daher lauten: Fungirt das Wort „widerrechtlich" in Art. 50 OR als Ausdruck des gleichnamigen allgemeinen Begriffs oder liegt ihm die dem oben erwähnten Sprachgebrauch entsprechende Bedeutung zugrunde?

Der der Interpretation bei Bejahung der Frage im letztern Sinn erwachsende Vorteil besteht in der damit

[1] Ebenso in Art. 26 OR vgl. S. 36. In adjektivischer Form findet sich „widerrechtlich" durch „illicite" wiedergegeben, so in Art. 17. Gegenstand des Vertrages kann nur eine Leistung sein, welche möglich und nicht „widerrechtlich" oder unsittlich ist.

Un contrat ne peut avoir pour objet une chose impossible, *illicite*, ou contraire aux bonnes moeurs. — Ferner Art 177, 181 OR.

eröffneten Aussicht auf eine eindeutige Vereinigung des Textes in deutscher und französischer Fassung, sofern nämlich die naheliegende Vermutung, daß der französische Text durch „sans droit“ in Art. 50 OR eben die nach dem erwähnten Sprachgebrauch in gewissem Zusammenhang vorliegende besondere Bedeutung des Wortes „widerrechtlich“ ausdrückt, sich als richtig erweisen sollte. Hinsichtlich der italienischen Fassung, wo an Stelle des Merkmals „widerrechtlich“ einfach die Titelüberschrift „Unerlaubte Handlungen“ wiederholt ist, wäre dabei das Verhältnis zur deutschen und französischen dasjenige der Gattung zur Art, dergestalt, daß erst aus der letztern beiden zugrunde liegenden Bedeutung erschlossen werden könnte, was unter „atti illeciti“ im Sinne des Art. 50 zu verstehen ist. — Ist dagegen „widerrechtlich“ im üblichen Sinn verwendet, so herrscht zwischen den korrespondierenden Ausdrücken „widerrechtlich“ und „sans droit“ eine Bedeutungsdivergenz, die von der Interpretation bis jetzt nicht gelöst worden ist.

Der folgende Teil der Einleitung behandelt in vorwiegend referierender Weise den in der Literatur des deutschen Rechts vielfach bezeugten Sprachgebrauch über eine vom Wortsinn abweichende Verwendung des Ausdrucks „widerrechtlich“ oder „rechtswidrig“.

§ 2. Die Bedeutung des Wortes „widerrechtlich“ oder „rechtswidrig“ in § 823 BGB und als Tatbestandsmerkmal im Strafgesetzbuch.

Ein anschauliches Beispiel für die Bedeutungsverschiedenheit des Wortes „widerrechtlich“ je nach seiner Verwendung als Ausdruck des allgemeinen Begriffs der Rechtswidrigkeit

oder als Tatbestandsmerkmal bietet der § 823 BGB. Wenn im Anschluß an den frühern Wortlaut im Entwurf I

> § 704. „Hat jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung ..... einem andern Schaden zugefügt."
>
> „Hat jemand aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines andern verletzt ...."

die „Motive"[1] bemerken: Widerrechtlich ist vor allem das Handeln gegen ein Verbotsgesetz, widerrechtlich ist ebenso die Verletzung des einem andern zustehenden absoluten Rechtes, so erhellt mit Evidenz, daß damit unmöglich der Sinn des Merkmal „widerrechtlich" in Absatz 2 bezeichnet sein kann, aus dem einfachen Grunde, weil diese angebliche Bedeutung des Ausdrucks „widerrechtlich" d. i. die Verletzung des einem andern zustehenden absoluten Rechtes hier zum Unterschied von Absatz 1 bereits Tatbestandserfordernis ist und folglich „widerrechtlich" nicht dazu bestimmt sein kann, noch einmal dieselbe Bedeutung zu reproduzieren. Der Zusammenhang ergibt also hier wie in § 823 Abs. 1 BGB mit Evidenz, daß das Wort „widerrechtlich" in diesem Tatbestand:

> „Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines andern widerrechtlich verletzt ....."

nicht im wörtlichen Sinn fungieren kann. Diese Erkenntnis hat auch in der Literatur vielfach Ausdruck gefunden und zwar stimmen die hierüber handelnden Autoren

[1] Bd. 2 S. 726.

nicht nur in der Negation der wörtlichen Bedeutung, sondern auch in der Angabe des dem Merkmal „widerrechtlich“ in diesem Zusammenhang zukommenden wirklichen Sinnes überein. An erster Stelle ist hier Planck[1] zu nennen. Nach Erwägung, daß die Verletzung des Eigentums oder eines sonstigen Rechtes begrifflich an sich immer widerrechtlich, und, wie der Gedankengang zu ergänzen, folglich das Gesetz durch Aufnahme des Wortes „widerrechtlich“ gewiß nicht noch einmal den selben Gedanken habe zum Ausdruck bringen wollen, gelangt er zu dem Ergebnis: „Hiedurch kann das Gesetz nur haben ausdrücken wollen, daß die an sich in der Verletzung des Rechtes liegende Widerrechtlichkeit nicht im einzelnen Fall durch ein besonderes Recht des Täters zur Vornahme der Verletzung ausgeschlossen sei.“ — „Der Paragraph meint ja nur,“ schreibt im gleichen Sinn Hold v. Ferneck[2]: „Wer jemanden unbefugterweise vorsätzlich oder fahrlässig am Leben ꝛc. schädigt.“ Er zeigt, heißt es an anderer Stelle[3], „daß der Gesetzgeber „widerrechtlich“ hier offenbar mit „ohne Recht“ identifiziert.“ Die selbe Überzeugung bringt auch Endemann[4] — dem sich Oertmann[5] anschließt — zum Ausdruck, wenn er im Anschluß an seine Erörterung der Widerrechtlichkeit als Tatbestandserfordernis: „In Wahrheit handelt es sich dabei nicht um eine selb-

---

[1] In der Festgabe für Regelsberger S. 160.
[2] Die Rechtswidrigkeit Bd. II S. 23.
[3] Die Rechtswidrigkeit Bd. I S. 357.
[4] Lehrbuch d. b. R. Bd. I S. 426 Ziff. 2.
[5] Das Recht der Schuldverhältnisse Ziff. 7 zu § 823 S. 949.

ständige besonders zu beweisende Haftungsvoraussetzung; die Widerrechtlichkeit ergibt sich vielmehr bereits aus dem Eingriff in ein befriedetes Rechtsgut. Der Zusatz hat aber die positive Bedeutung, daß er die Zulässigkeit der Berufung auf ein Recht zum Eingriff gesetzlich bestätigt" in Anmerkung betont, daß neben die Bedeutung der Rechtswidrigkeit als Verbotswidrigkeit „die für die Auslegung des BGB oben im Text gekennzeichnete Bedeutung" hinzutrete. Es entspricht also das Merkmal „widerrechtlich" in § 823 genau dem, was Crome[1] mit „unberechtigt" bezeichnet in seiner Definition des Deliktes als „unberechtigter Eingriff in die fremde Rechtssphäre."[2] — Im gleichen Sinn sprechen sich außer den Genannten noch aus Cosack[3], Jung[4], Titze[5], Krückemann[6], Meves[7], G. Müller[8], Schaufuß[9]. Eigentlich wird man zu den angeführten Autoren

---

[1] System d. b. R. Bd. 2 S. 1011.

[2] In der Definition des Deliktes, welche v. Liszt, Deliktsobligationen S. 3 gibt, nämlich die „schuldhafte, rechtswidrige Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen" hat „rechtswidrig" die selbe Bedeutung wie „widerrechtlich" in § 823 Abs. 1, aus dem selben Grunde, wogegen in der Bezeichnung „schuldhafte, rechtswidrige Handlung" s. S. 4 „rechtswidrig" im üblichen Sinn zu verstehen ist.

[3] Lehrbuch Bd. 1 S. 602 u. 603.

[4] Delikt und Schadensverursachung S. 18.

[5] Notstandsrechte S. 10.

[6] Institutionen S. 159 sub. IV.

[7] In Goltdammers Archiv 46. Jahrg. S. 85.

[8] In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung Jahrg. 65 S. 378.

[9] Die Verletzung des Eigentums ꝛc. in § 823 BGB S. 11. „Die Verletzung muß endlich „widerrechtlich" sein, d. h. es darf nicht ein ausnahmsweise die Rechtswidrigkeit ausschließender Umstand vorliegen. Daß eine besondere Betonung der „Widerrechtlichkeit"

auch diejenigen zählen müssen, die wie Schollmeiyer[1], Leske[2], Goldmann und Lilienthal[3], Neumann[4] u. a die Widerrechtlichkeit als vorliegend erachten, wenn ein Rechtskreis verletzt ist, „ohne daß der Täter ein Recht zu der Verletzung hat" (Schollenmeyer). Denn, da wie schon oft erwähnt, die Verletzung des Rechtskreises im § 823 Abs. 1 bereits Tatbestandserfordernis ist, so verbleibt dem Merkmal „widerrechtlich" nur die im Nachsatz enthaltene Bedeutung von „ohne Recht".[5]

(ergänze: als Tatbestandsmerkmal) nur diese Bedeutung haben kann und nicht besagen will, es müssen schon nach andern daneben-stehenden Normen die Verletzung eine verbotene sein" (also widerrechtlich nicht in der üblichen Bedeutung von verbotswidrig) „ist in der Strafrechtswissenschaft längst bekannt".

[1] Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse S. 225.

[2] Vergleichende Darstellung des BGB ꝛc. Bd. 1 S. 333.

[3] Das bürgerl. Gesetzbuch 1. Bd. S. 883 § 231, II. 2.

[4] Handausgabe des bürgerl. Gesetzbuchs 1. Bd. Vorbemerk zum 25. Titel, Note C, II, 2.

[5] Was dagegen Weyl, System der Verschuldensbegriffe S. 365 — unter „widerrechtlich" im Sprachgebrauch des BGB verstanden wissen will, nämlich ein (objektiver) „Verstoß gegen objektives Recht" — s. S. 362 sub 6 erscheint mir für das Merkmal „widerrechtlich" in § 823 Abs. 1 unhaltbar, weil mit der zum Tatbestand gehörenden Verletzung des subjektiven Rechts der Verstoß gegen das objektive Recht eo ipso gegeben ist. — Vgl. Weyl S. 361 sub. I, 2. — Was soll denn dieses Erfordernis? Die Auslegung, die Weyl dem Merkmal „widerrechtlich" gibt, wäre nur verständlich wenn § 823 Abs. 1 außer der Verletzung des Eigentumsobjekts oder der genannten Lebensgüter noch einen besonders feststellbaren Verstoß gegen das objektive Recht erfordern würde. Es wird gewiß niemandem einfallen, zur Feststellung des Merkmals „widerrechtlich" zu untersuchen, ob die Verletzung gegen das objektive Recht verstoße, sondern in Frage kommt hiebei einzig die etwaige Rechtmäßigkeit der Objektsverletzung eben aus dem im Text angegebenen Grunde. Wie erklärt sich übrigens Weyl die Möglichkeit, „widerrechtlich" in § 823 Abs. 1

Warum denn aber in § 823 Abs. 1 zum Ausdruck der Bedeutung „ohne Recht" „nicht rechtmäßig" das Wort „widerrechtlich" und nicht eine der obigen Wendungen in den Tatbestand eingefügt worden ist, mag mit dem durch das Strafgesetzbuch geübten Sprachgebrauch, wo das selbe Wort in gleichem Sinn als Hinweis auf die wegen ihrer Rechtmäßigkeit nicht unter den gesetzlichen Tatbestand subsumierbaren Handlungen schon längst eingebürgert war, zusammenhängen.[1]

„Uns Kriminalisten" schreibt Liszt[2], nach Betonung, daß nur die widerrechtliche Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses als Delikt erscheine, „fällt es nicht ein, das Merkmal der Widerrechtlichkeit positiv bestimmen zu wollen, wir sind uns völlig klar darüber, daß jede Verletzung rechtlich geschützter Interessen eines andern grundsätzlich eine Rechtswidrigkeit ist. Für uns handelt es sich nur darum, die Ausnahmen möglichst vollzählig

---

durch „ohne Recht" „nicht rechtmäßig" — s. Oertmann, Schuldverhältnisse S. 949 sub. 7 — zu ersetzen, ohne daß dadurch am Tatbestand des § 823 Abs. 1 auch nur das Geringste geändert wird? „Ohne Recht" ist doch nicht identisch mit einem „Verstoß gegen objektives Recht".

Über die Unbegründetheit der oft z. B. auch von Enneccerus, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. 1 S. 413 Anmerk. 9, gegen die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung aus deren Unvereinbarkeit mit dem Wortsinn erhobenen Einwendung s. S. 12, 13 Anmerk. 1 und S. 36 Anmerk. 2.

[1] Hierauf verweist nachdrücklich Oertmann, Schuldverhältnisse Ziff. 7 zu § 823 S. 949. Er schließt sich dieser vom Wortsinn abweichenden besondern Deutung des Merkmals „widerrechtlich" vor allem deswegen an, „weil das Wort, „widerrechtlich" auch nach dem bisherigen Sprachgebrauch, namentlich des Strafrechts, diesen Sinn hatte." Im gleichen Sinn verweist auch Titze, Notstandsrechte S. 11 Anmerk. 36 auf das Strafgesetzbuch.

[2] Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht S. 34.

zu umschreiben, in welchen aus besondern Gründen die Rechtswidrigkeit entfällt." Mit andern Worten nicht die Rechtswidrigkeit als Verbotswidrigkeit steht in Frage, sondern die Rechtmäßigkeit der Verletzung, eben deswegen, weil das Gesetz das Tatbestandsmerkmal „widerrechtlich" „in dieser rein negativen Bedeutung der ..... Nichtrechtmäßigkeit[1]" verwendet.[2] Es ist aus dem Grunde unmöglich, das Merkmal „widerrechtlich" oder „rechtswidrig" im Sinne von verbotswidrig zu verstehen, weil „in der gesetzlichen Bestimmung eines Verbrechertatbestandes zugleich das Verbot der diesem Tatbestand entsprechenden Handlung oder Unterlassung liegt".[3] Die Hervorhebung dieser Verbotswidrigkeit wäre also sinnlos. Von den zwei Beziehungen, die Geyer[4] mit der

[1] Dohna: Die Rechtswidrigkeit S. 64. Dohna macht obige Aussage über den Begriff der Rechtswidrigkeit. Das ist unrichtig; nicht der Begriff als „starre Einheit", sondern das Wort „widerrechtlich" wird in der eben angegebenen negativen Bedeutung verwendet. Von denjenigen, welche dem Tatbestandsmerkmal „widerrechtlich" die Bedeutung von „ohne Recht" „unbefugt" beilegen unterscheidet sich Dohna dadurch, daß er auch bei Abwesenheit einer eigentlichen vom positiven Recht statuirten Berechtigung die Verletzung doch als rechtmäßig erachtet, sofern sie nicht in Widerspruch steht mit den Grundsätzen des richtigen Rechts.

[2] Meves in Goltdammers Archiv 7, 46, S. 85 bemerkt zu „widerrechtlich":

„Was sodann der Begriff der Widerrechtlichkeit betrifft, so gibt auch über ihn das BGB keinerlei Erklärung. Auch das St.GB, das sich seiner vielfach bedient, erläutert ihn nicht. Auch er ist daher für beide Gesetze im Sinn des täglichen Lebens und Verkehrs zu verstehen. Von diesem Gesichtspunkt ist jede Handlung oder Unterlassung (richtiger: jede Schädigung) widerrechtlich, zu der entweder überhaupt eine Befugnis fehlt oder die die Grenze einer vorhandenen Befugnis überschreitet."

[3] Geyer: Grundriß 1. Hälfte S. 78.

[4] S. 78 Anmerk. 3.

Rechtswidrigkeit des Verbrechens bezeichnet findet, wenn er schreibt: „Den Charakter der Rechtswidrigkeit hat es nur insofern, als das Strafgesetz" (in welchem nach dem vorher zitierten Satz Geyers implicite das Verbot der ihm entsprechenden Handlung liegt) „einen Teil der Rechtsordnung des Staates bildet und als eine Handlung, zu deren Begehung ein vom Staat anerkanntes Recht besteht, kein Verbrechen ist," kann demnach im Tatbestandsmerkmal „widerrechtlich" nur die letztere enthalten sein. — Auf die hier vorliegende Bedeutungsdifferenz zwischen der Rechtswidrigkeit als allgemeiner Begriff und als Tatbestandsmerkmal hat besonders Stooß aufmerksam gemacht. „Gewiß ist jedes Verbrechen rechtswidrig" — heißt es in einem Aufsatz über Tatbestand und Verbrechen[1] — „aber die Rechtswidrigkeit des Verbrechens ist nicht Tatbestandsmerkmal"; denn „der Tatbestand ist das reale Substrat, das der Abstraktion „Rechtswidrigkeit" zugrunde liegt. Rechtswidrigkeit und Tatbestand verhalten sich zu einander wie Form und Inhalt. Daher kann auch die Rechtswidrigkeit nie Merkmal des Tatbestandes sein."[2] Damit wird natürlich nur dem doch vorhandenen Tatbestandsmerkmal die wörtliche Bedeutung — die Verbotswidrigkeit[3] — abgesprochen und in Gegensatz gebracht zu dem, was das Gesetz mit dem gleichnamigen Tatbestands-

---

[1] Schweiz. Zeitschr. f. Strafrecht 17. J. S. 4.

[2] Hold v. Ferneck: Rechtswidrigkeit I. S. 392.

[3] Vgl. Stooß: Rechtswidrigkeit und Verbrechen in Schweiz. Zeitschr. f. Strafrecht 7, 10 S. 360. Zu der Frage: „ob die Rechtswidrigkeit der Handlung zum gesetzlichen Tatbestand gehöre", bemerkt er: „Ebensogut könnte man fragen, ob es zum Begriff der verbotenen Handlung gehöre, verboten zu sein."

merkmal ausdrücken will. „Das Gesetz" schreibt Hold v. Ferneck[1], „führt das Wort[2] rechtswidrig in den Tatbestand ein, um diejenigen Fälle auszuscheiden[3], die nach dem Wortlaut des Gesetzes getroffen werden, ohne daß das Gesetz sie treffen wollte."

Den Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung liefert meines Erachtens die nur dadurch erklärliche Möglichkeit, daß das Wort „widerrechtlich" oder „rechtswidrig" überall da, wo es als Tatbestandsmerkmal (adverbial) fungiert durch unberechtigt[4] „nicht rechtmäßig" ersetzt werden kann ohne jegliche sachliche Änderung des Tatbestandes. — Eine Betrachtung der dem Verbrechenstatbestande zugrunde liegenden Norm zeigt, daß dem Merkmal „widerrechtlich" hier zweifellos die nach Beling[5] jeder Norm anhaftende exceptio („Du sollst nicht .....) es wäre denn, daß ...." entspricht, deren Inhalt einzig die

---

[1] Rechtswidrigkeit II S. 6.

[2] Vgl. Bd. I S. 395. „In der Tat hat nun weniger die Theorie als der Wortlaut der Gesetze, die den Ausdruck rechtswidrig ebenso freigebig als in unklarer Weise verwenden, die Frage veranlaßt, ob die Rechtswidrigkeit Tatbestandsmerkmal ist".

[3] Auch nach Hälschner's Ausführungen Strafrecht Bd. 1 S. 309 wird durch Einfügung der Ausdrücke „rechtswidrig" (§ 242, 246, 249, 303—305, 355) „widerrechtlich" (§ 123, 124, 239, 240, 291) „unberechtigt" (§ 277, 296, 370) „ohne berechtigt zu sein" (§ 292, 341) „unbefugt" (§ 127, 132, 136, 290, 299, 300) nichts anderes bezweckt, als die Ausscheidung der Fälle, in welchen „dem Handelnden eine Befugnis, Berechtigung zu solchem Tun zusteht".

[4] So definiert Berner, Strafrecht, S. 477 die Beleidigung als „unberechtigte Darlegung der Mißachtung einer Person" während andere z. B. Merkel — Lehrbuch S. 287 — an Stelle von „unberechtigt" in gleichem Sinn „rechtswidrig" setzen.

[5] Lehre vom Verbrechen S. 166.

allfällig vorliegende Berechtigung — das negative Erfordernis des Tatbestandes (widerrechtlich = ohne Recht) wird zum positiven der Norm — zu derartigem Handeln bilden kann.[1] In der Ausdrucksweise des schweizerischen Vorentwurfs[2] hätte demnach die exceptio zu lauten: ..... es wäre denn, daß „das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht" die Tat „gebietet oder erlaubt".[3] Man kann also nicht nur, wie Bierling[4] zugibt, sondern muß vielmehr „in der Einschaltung von Worten wie „widerrechtlich", „rechtswidrig" u. a." (also „unberechtigt", „unbefugt", „ohne berechtigt zu sein") „in manche Strafsatzungen eine allgemeine Bezugnahme auf die Möglichkeit solcher Ausnahmen finden."

Damit wird nun, um es angesichts der hierüber herrschenden Begriffsverwirrung nochmals zu betonen, weder behauptet, daß alles Handeln „ohne Recht" widerrechtlich (verbotswidrig) sei, Einwände, wie sie Kitzinger[5] u. a. erhoben haben: Spazierengehen und Schlafen sei demnach etwas Rechtswidriges, sind von vornherein verfehlt, — ganz abgesehen davon, daß jede Veranlassung zur rechtlichen

---

[1] Vgl. Binding, Handbuch S. 174.

[2] Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch. April 1908 Art. 25 als exceptio generalis, vgl. dazu Stooß in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 24 S. 326.

[3] Der weitere Zusatz: „oder die das Gesetz für straflos erklärt" gehört nicht in diesen Zusammenhang, denn es gibt neben den rechtmäßigen Verletzungen solche, die lediglich wegen mangelnder Schuld für straflos erklärt sind, (vgl. S. 32 Anmerk.) so z. B. alle die Notstandsverletzung, die zivilrechtlich nicht als rechtmäßig erscheinen, gegen die also Notwehr zulässig ist. Über die Bedeutung der Widerrechtlichkeit des Angriffs bei der Notwehr vgl. S. 16 Anmerk. 1.

[4] Jurist. Prinzipienlehre Bd. 3 S. 196.

[5] Gerichtssaal Bd. 55 S. 97.

Qualifizierung derartiger rein individueller Handlungen fehlt — noch bestritten, daß die wörtliche Bedeutung des Ausdrucks „widerrechtlich" eine andere ist, sondern nur ein Sprachgebrauch konstatiert, demzufolge das Wort „widerrechtlich" als Tatbestandsmerkmal vielfach in der vom Wortsinn abweichenden Bedeutung von „nichtrechtmäßig" verwendet wird.[1]

---

[1] Vgl. Stooß in der Zeitschrift für das gesamte Strafrecht Bd. 24 S. 331. „Rechtswidrig" heißt nun allerdings dem Wortsinn nach nicht: „nicht erlaubt" sondern „im Widerspruch mit einem Rechtsgebote". Allein wie gezeigt worden ist, findet sich der Ausdruck „rechtswidrig" oder „widerrechtlich" nicht selten im Sinne von „nicht rechtmäßig" „nicht rechtlich erlaubt".

Wer freilich wie Kitzinger S. 94 f. bei seiner Untersuchung über die Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich" in den besondern Tatbeständen des Strafgesetzbuchs von der Voraussetzung ausgeht, „daß wir jenem vom Gesetzgeber gleichmäßig gebrauchten Ausdruck auch eine einheitliche Begriffsbestimmung geben müssen, also eine solche, die nicht nur dem allgemeinen Begriff der Rechtswidrigkeit entspricht, sondern insbesondere auch auf alle diejenigen Fälle sich anwenden läßt, in welchen der Gesetzgeber sich jenes Ausdruckes bedient, kann freilich mit leichter Mühe jede abweichende Interpretation durch den Hinweis auf die Unvereinbarkeit mit dem allgemeinen Begriff der Rechtswidrigkeit als falsch darlegen. Allein diese Voraussetzung, daß das selbe Wort stets in einer und derselben Bedeutung verwendet sei, kann allenfalls als Postulat für den Gesetzgeber aufgestellt werden — gegen das aber gerade im St.GB vielfach verstoßen worden ist, s. Binding, Handbuch S 464 — dagegen keineswegs als eine, wie Kitzinger meint, selbstverständliche Wahrheit, von der die Auslegung sich leiten lassen müsse. Kitzingers Argumentation beruht also nicht auf „dem Sprachgebrauch wie er ist, sondern wie er sein sollte" (Binding).

Die selbe Konfundierung des allgemeinen Begriffs der Rechtswidrigkeit mit dem Tatbestandsmerkmal liegt auch, wie schon Stooß, Zeitschrift für d. ges. Strafrecht Bd. 24 S. 328 bemerkt hat, den nachstehenden aus Liszt Lehrbuch S. 135 entnommenen Sätzen zugrunde: „Die Rechtswidrigkeit" Verbotswidrigkeit) „des Verbrechens

In der Literatur des Strafrechts wird diese besondere Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich" nur in wenigen Fällen, keineswegs allgemein anerkannt, so von Binding[1] hinsichtlich §§ 239, 240, dem sich Olshausen[2] anschließt,

---

bedarf als selbstverständlich keiner besondern Hervorhebung im Gesetze. Nur in besondern Fällen hat der Gesetzgeber das Merkmal der „Rechtswidrigkeit" (widerrechtlich = ohne Recht) „in den besondern Tatbestand einzelner Verbrechen aufgenommen."

Die hier unterschiedenen zwei Bedeutungen, die Rechtswidrigkeit als allgemeiner Begriff und als Tatbestandsmerkmal, welche beide durch das selbe Wort ausgedrückt werden, sind auch gesondert untersucht worden. Der allgemeine Begriff der Rechtswidrigkeit bildet den Gegenstand der zit. Arbeit Hold v. Fernecks, dem Tatbestandsmerkmal „widerrechtlich" ist die Arbeit von Dohna gewidmet. Mit Recht bezeichnet Dohna die Bestimmung und Umgrenzung des Begriffs der „Rechtmäßigkeit" als seine eigentliche Aufgabe, s. Dohna, Rechtswidrigkeit S. 36, eben weil der Gesetzgeber „den Begriff der Rechtswidrigkeit selber in dieser rein negativen Bedeutung . . . . . der Nichtrechtmäßigkeit" verwendet (s. Dohna S. 64; statt „Begriff" sollte es heißen — Wort — oder — Tatbestandsmerkmal s. oben S. 9 Anm. 1). Dohna hält jedoch die beiden verschiedenen Bedeutungen nicht genügend auseinander; immer wieder verwechselt er die „Nichtrechtmäßigkeit" mit der Widerrechtlichkeit (Verbotswidrigkeit), so schon S. 64, unmittelbar nach Feststellung der besondern Bedeutung des Tatbestandsmerkmals „widerrechtlich", ferner insbes. S. 53 und 54.

[1] Normen 1. Bd. S. 215 — s. Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch mit Motiven Art. 96:

„Wer einen Menschen unbefugt festnimmt oder gefangen hält . . . ." und nach französischem Text:

„Celui qui sans droit aura arrêté une personne . . . . ." In der neuen Fassung der Expertenkommission vom April 1908 ist „unbefugt" ersetzt durch „widerrechtlich"; die Bedeutung des Merkmals ist nach wie vor die selbe, genau wie in Art. 87 des Vorentwurfs m. M., wo „widerrechtlich" ebenfalls durch „sans droit" wiedergegeben ist.

[2] Kommentar, Bd. 2 S. 885 Nr. 86, S. 893 Nr. 12.

ferner von Stooß[1], bezüglich § 240 auch von Merkel[2] und sachlich übereinstimmend: Meyer-Allfeld[3], Rubo[4], Schütze[5], Schwarze[6]. Olshausen hat sich außerdem zu §§ 123[7], 242, 246, 249[8] in diesem Sinne erklärt. Vor allem aber kommt diese Auffassung in dem Urteil des Reichgerichtes vom 17. I. 87[9] zum Ausdruck, wo allgemein für die Fälle, in denen das Strafgesetzbuch das Merkmal „widerrechtlich" in den Tatbestand aufgenommen hat, das zum Dolus erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit definiert wird als „Bewußtsein des Mangels eines subjektiven

---

[1] In der Zeitschrift für das ges. Strafrecht Bd. 24 S. 329 ff.

[2] Lehrbuch, S. 311, D.

[3] Lehrbuch S. 409, 4.

[4] Kommentar S. 804, 7, S. 805, 2.

[5] Lehrbuch S. 414 Anmerk. 7.

[6] Kommentar S. 657, 6.

[7] Kommentar, 1. Bd. S. 487, 14. „Wie bei der ersten Alternative ausdrücklich erfordert wird, daß das Eindringen „widerrechtlich" sei, so bei der zweiten, daß das Verweilen „ohne Befugnis" geschehe; dieser Parallelismus ergibt, daß beide Ausdrücke einander entsprechen, daß somit durch diese letztern Worte gleichfalls nur hervorgehoben wird, daß ein Recht zum Verweilen den Tatbestand auch dieser Alternative des Hausfriedensbruches ausschließe" s. auch Schütze, Lehrbuch S. 276 Anmerk. 5 „Widerrechtlichkeit, d. h. der Mangel einer gesetzlich oder vertraglich gerechtfertigten oder gar pflichtgemäßen Ursache des Eingehens oder Verharrens" Rubo, Kommentar S. 613 Ziff. 6. — Daß dem Tatbestandsmerkmal „widerrechtlich" beim Hausfriedensbruch im Schweiz. Vorentwurf Art. 87 bezw. Art. 116: „Wer in ein Haus oder in den abgeschlossenen Raum eines Hauses oder in ein eingefriedigtes Grundstück **widerrechtlich** eindringt ꝛc." die Bedeutung von „ohne Recht" zukommt, ergibt sich aus der französischen Fassung: Art 87 „Celui qui aura pénétré **sans droit** dans une maison . . . ."

[8] Kommentar Bd. 2 S. 914 Nr. 32 n, S. 958 Nr. 18.

[9] Bd. 15 S. 159

Rechtes, so für § 123, § 124, § 239, § 240, § 242, § 291, § 339 u. a.[1].

---

[1] Abgesehen von dem im Text behandelten adverbialen Gebrauch wird das Wort „rechtswidrig" in einem Fall wenigstens in adjektivischer Form in der selben Bedeutung von „ohne Recht" „nicht rechtmäßig" verwendet, nämlich bei der Notwehr § 53 St.GB und 227 BGB., so für das Strafrecht schon Merkel, Lehrbuch S. 163: „Es genügte, daß der Angriff ohne Recht erfolgte"; für das BGB, Oetker: Über Notwehr und Notstand S. 259 sub. 5. Die Einwendungen die dagegen aus dem Begriff der Rechtswidrigkeit erhoben werden, sind von vornherein verfehlt, weil es sich hier gar nicht um diesen Begriff handelt, sondern, wie Hold und Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd. 2 S. 134, mit Recht gegen Stammler bemerkt hat, „darum, was das Gesetz unter einem „rechtswidrigen" Angriff versteht". — Ganz unverständlich ist der von Oertmann, Allgemeiner Teil S. 659, gegen Oetkers Auffassung erhobene Einwand, „rechtswidrig" und „nicht berechtigt" seien „doch keineswegs gleiche Begriffe", unverständlich deswegen, weil Oertmann, Schuldverhältnisse, S. 949 sub. 7 selbst die in § 823 Abs. 1 vorliegende besondere Bedeutung des sonst ebenfalls zum Ausdruck des allgemeinen Begriffes der Rechtswidrigkeit verwendeten **Wortes** „widerrechtlich" anerkannt hat. In Frage kann demnach nur stehen, welche der beiden mit dem Worte „widerrechtlich" oder „rechtswidrig" verbindlichen Bedeutungen, der Begriff der Rechtswidrigkeit oder die in anderm Zusammenhang schon konstatierte besondere Bedeutung von „ohne Recht" „nicht rechtmäßig" hier gegeben sei. — Gegen die von Oetker u. a. vertretene Auslegung des Wortes „rechtswidrig" in § 227 BGB würde die von Binding Handbuch S. 740 allerdings nur für einige Ausnahmefälle behauptete Existenz eines Notwehrrechtes auch gegen rechtmäßige Handlungen sprechen. Allein in dem dort angeführten Beispiel: „Der feindliche Soldat handelt nicht widerrechtlich, wenn er den unsern angreift, und doch besitzt dieser gegen ihn das Notwehrrecht" liegt keine Notwehr im Rechtssinn vor, das ergibt sich schon daraus, daß der deutsche Soldat das „Recht", den feindlichen Soldaten zu töten besitzt, ohne von ihm angegriffen zu sein, er bedarf also nicht noch ein besonderes Notwehrrecht. Die Regeln der Notwehr können auf diese faktische Notwehr unmöglich an-

II. Die Auslegung des Merkmals widerrechtlich — sans droit — atti illeciti — in Art. 50 OR.

§ 3. Der Text des Art. 50.

Die Eigentümlichkeit des schweizerischen gemeinen Rechts, die durch Art. 116 BV[1] geforderte Dreisprachigkeit des Gesetzestextes verlangt eine Klärung über das zwischen der deutschen, französischen und italienischen Fassung bestehende Wertverhältnis, durch welches die Grundlage der Interpretation und das Vorgehen bei allfälligen Bedeutungsdivergenzen zwischen den entsprechenden verschiedensprachigen Ausdrücken bestimmt wird. Hierüber ist zu sagen: Sofern das Gesetz, wie es beim OR der Fall war, in dreisprachiger Form beschlossen und erlassen wird, so muß grundsätzlich jeder Fassung ihrem Charakter als Teil des Gesamttextes gemäß Gleichwertigkeit beigemessen werden. Daraus folgt, daß jede Auslegung vom dreispra-

gewendet werden, man denke an die Überschreitung der Notwehr, an den Satz, daß gegen Notwehr keine Notwehr zulässig ist u. s. f. —

In richtiger Erkenntnis der dem Worte „rechtswidrig" bei der Notwehr zugrunde liegenden besondern Bedeutung enthält der Schweiz. Vorentwurf, neue Fassung, April 1908 an Stelle des Ausdruckes „rechtswidrig" die hier bedeutungsgleiche Wendung „ohne Recht". Art. 26: „Wird jemand **ohne Recht** angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriff bedroht, so ist der Angegriffene und jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren."

[1] „Die drei Hauptsprachen der Schweiz, die deutsche, französische und italienische sind Nationalsprachen des Bundes."

chigen Gesamttext ausgehen muß und sich nicht einfach auf eine der drei Fassungen beschränken darf. Bei Differenzen und Widersprüchen zwischen dem deutschen, französischen und italienischen Wortlaut hat nicht ohne weiteres der deutsche als maßgebender Text zu gelten, wie z. B. Schollenberger[1] behauptet, solche sind vielmehr nach den Regeln der Interpretation zu lösen.[2]

Abgesehen von der nach formell rechtlicher Beurteilung bestehenden Gleichwertigkeit, liegt in rein sprachlicher Hinsicht zwischen den drei Formen insofern ein Unterschied vor, als die italienische Fassung sich als eine Übersetzung erweist, während die deutsche und französische Form auch in sprachlicher Beziehung beide als Original Gleichwertigkeit beanspruchen müssen. Es wurde nämlich durch die

---

[1] Kommentar S. 565. — Allerdings erfolgte, wie Blumer-Morel 3. Bd. S. 236 berichtet, die Aufnahme des jetzigen Art. 116 BV in der Meinung, „daß wenn in Beziehung auf Verfassung, Gesetze oder Beschlüsse abweichende Ansichten entstehen sollten, alsdann der deutsche Text zur Entscheidung der Differenz maßgebend sein müßte". Allein im Gesetz kam diese Ansicht nirgends zum Ausdruck und ist deshalb für die Auslegung des Art. 116 BV auch von keiner Bedeutung.

[2] Ob hiebei zufolge einer Auslegungstheorie, die als „Inhalt des Gesetzes das vom Gesetzgeber erkennbar Gewollte" (Regelsberger, S. 143) bezeichnet, dem deutschen Wortlaut doch entscheidende Bedeutung beigemessen werden muß, kann dahingestellt bleiben, weil, wie wir zu zeigen hoffen, bei gleichmäßiger Berücksichtigung des vollständigen dreisprachigen Textes ein Widerspruch zwischen den drei in Frage kommenden korrespondierenden Ausdrücken nicht besteht. — Gegen die vom Bundesgericht BGE Bd. 18 S. 574 vertretene Auffassung, daß die Interpretation den wahren Willen des Gesetzgebers festzustellen habe und den daraus gezogenen Folgerungen hat sich Gmür, die Anwendung des Rechts nach Art. 1 ZGB, S. 41 erklärt.

Redaktionskommission von 1879 der Text „in Gemäßheit der Plenarbeschlüsse gleichzeitig in beiden Sprachen" festgestellt, „so daß beide Redaktionen als Original (keine als bloße Übersetzung zu betrachten und sich gegenseitig zu erläutern und zu ergänzen bestimmt seien."[1] Bei dieser Redaktion mußte, wie Bluntschli berichtet,[2] sehr oft der deutsche Text, der früher unter den Deutschen nicht beanstandet war, umgearbeitet und verbessert werden, damit er dem französischen Text entsprach."

Was nun speziell den Wortlaut des Art. 50 OR anlangt, so hat derselbe mehrere Änderungen erlitten, von denen hier hauptsächlich die erst in der Kommission des Nationalrates erfolgte Ersetzung der Wendung „par un acte contraire à la loi" durch „sans droit" und die damit wohl im Zusammenhang stehende Kürzung des deutschen Wortlautes interessieren dürfte. — In dem den Räten vorgelegten Entwurf vom Juli 1879 lautete der Artikel folgendermaßen:

Art. 56. Wer einem andern durch widerrechtliches Handeln[3] Schaden zufügt, sei es mit Absicht,

---

[1] S. Bundesrätl. Botschaft vom 27. Nov. 1879 S. 24. Dem „Entwurf des eidgen. Justiz- und Polizeidepartements" vom Juli 1879 ist zudem vorgedruckt: „Der deutsche und französische Gesetzestext sind von der Redaktionskommission gleichzeitig beraten und festgestellt worden. Sie besitzen somit für die Interpretation den gleichen Rang."

[2] Die Stelle ist abgedruckt bei Schneider und Fick, Kommentar 1. A. Vorwort S. IV.

[3] Ursprünglich hieß es in Art. 90 des Entwurfes Munzinger: „Wer absichtlich oder fahrlässig durch eine widerrechtliche Handlungsweise ..... ebenso noch im Entwurf von 1877, vgl. Art. 84.

sei es aus Fahrlässigkeit, wird dem selben zum Ersatze verpflichtet.

Chacun et tenu de réparer le dommage qu'il a causé à autrui *par un acte contraire à la loi* que cet acte ait été commis à dessein ou par negligence ou imprudence.[1]

Bei Beratung des Art. 56 in der Kommission des Nationalrates[2] stellte nun Ruchonnet den Antrag „de remplacer cet article par l'article 1382 et 1383 du code civil, subsidiairement, *ne pas dire* „contraire à la loi" *mais bien „sans droit"*.

Gegenüber dem Hauptantrag machte der Präsident und Berichterstatter Niggeler darauf aufmerksam, daß durch Art. 56 nichts anderes als die Vereinigung des Art. 1382 und 1383 bezweckt sei. Im Anschluß daran wurde in der Kommissionsabstimmung der Hauptantrag abgelehnt, der Eventualantrag dagegen angenommen. — Dieser Beschluß gelangte nicht in Form eines Antrages an den Nationalrat, sondern wurde direkt an den Bun-

---

[1] Die französische Form hat größere Wandlungen durchgemacht. Im Entwurf, bearbeitet nach den Beschlüssen einer Kommission vom 22.—28. Oktober 1869 und vom 6.—13. Oktober 1872 französische Ausgabe Bern 1876, lautet Art. 84: „Chacun est responsable du dommage causé à autrui, soit *par son fait illicite*, soit par son imprudence ou sa négligence" und im „Projet élaboré d'après les Décisions d'une commission (16.—21. Mai 1876) Bern 1876 Art. 84: Chacun est tenu de réparer le dommage qu'il a causé à autrui, *par un fait contraire au droit*, soit intentionellement, *soit par* imprudence ou négligence.

[2] Das in französischer Sprache abgefaßte, von M. Ch. Vogt, Genf, unterzeichnete Protokoll der vom 16.—27. August 1880 in Zürich versammelten Nationalratskommission befindet sich im Eidgen. Archiv, Fasc. 3 Schweiz. Obligationenrecht, Akten von 1879/82.

desrat weitergeleitet zur Berücksichtigung bei der Textrevision.[1] — Nach einer letzten Vereinigung durch die am 11. März 1881 ernannte Redaktionskommission,[2] welche entsprechend der französischen Fassung die deutsche Wendung „durch widerrechtliches Handeln" auf „widerrechtlich" gekürzt hat, erfolgte in beiden Räten die Annahme der Vorlage in globo. Art. 50 ist somit in folgender Fassung Gesetz geworden.

Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird demselben zum Ersatze verpflichtet.

Quiconque cause *sans droit* un dommage à autrui, soit à dessein, soit par négligence ou par imprudence, est tenu de le réparer.

Chiunque è tenuto a riparare il danno cagionato ad altri *con atti illeciti*, sia volontariamente, sia per negligenza od imprudenza.[3]

---

[1] Dieses Verfahren ergibt — wie aus dem Bericht der Nationalrats-Kommission über den Entwurf eines schweizerischen Obligationen- und Handelsrechtes zu ersehen ist: „In Übereinstimmung mit dem Verfahren des Ständerates wurden nun die gefaßten Beschlüsse in zwei Kategorien ausgeschieden, einerseits in solche Anträge, welche die Bestimmung des Entwurfs wesentlich modifizieren und anderseits in Beschlüsse von bloß redaktioneller oder untergeordneter Bedeutung, welche direkt dem Bundesrat zur Berücksichtigung bei der Revision der Gesetzesvorlage übermittelt werden" — daß obige Änderung von der Kommission als eine rein redaktionelle betrachtet worden ist.

[2] Die Kommission hat, wie aus den im Archiv des Justizdepartements befindlichen Exemplaren ersichtlich, die von ihr vorgenommenen Abänderungen, Streichungen 2c. direkt in der gedruckten Vorlage angebracht, ein Protokoll ist nicht geführt worden.

[3] Vgl. die dreisprachige amtlich beglaubigte Ausgabe des OR Bern 1882 (J. Dalp'sche Buchhandlung).

§ 4. Die herrschende Auslegung im Hinblick auf den französischen Wortlaut.

Es ist bereits in der Einleitung bemerkt worden, daß das Merkmal „widerrechtlich" des Art. 50 OR allgemein im wörtlichen Sinn aufgefaßt wird, es erfordert, wie das Bundesgericht immer wieder betont, „eine Verletzung von Rechten, Rechtsgütern oder rechtlich geschützten Interessen . . . . ., die nicht durch Vertrag, sondern durch die allgemeine Rechtsordnung oder durch spezielle Schutzgesetze begründet sind".[1] — „Widerrechtlich" ist" — heißt es an andrer Stelle,[2] „jede Handlung, die entweder gegen eine Verbotsnorm des allgemeinen Rechts verstößt oder ein subjektives Recht eines Dritten verletzt." — Daß diese Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 OR im Widerspruch steht mit dem entsprechenden französischen Ausdruck „*sans droit*" liegt auf der Hand, vorausgesetzt, daß der einheitliche Begriff der Rechtswidrigkeit nicht, was Renfing[3] behauptet, durch den Mangel des Rechts genügend charakterisiert erscheint. In dem Hinweis auf die viel zitierte l. 1 pr. D. 47.10 — omne enim quod non jure fit, injuria fieri dicitur — kann aber, da nach römischem Recht bekanntlich nur gewisse individualisierte Tatbestände, bei weitem nicht jede Handlung ohne Recht widerrechtlich waren, unmöglich eine Begründung erblickt werden. Zudem war Renfing genö-

---

[1] BGE 32 II S. 279. Im Generalregister zu Bd. 20—30 ist zum Begriff der Widerrechtlichkeit einzig auf die am Schluß des Paragraphen zit. Definition verwiesen.

[2] BGE 23, 205, 22, 183 Erw. 6.

[3] Die Widerrechtlichkeit als Schadenersatzgrund S. 12 ff.

tigt unter „Recht" auch die sog. natürlichen Freiheiten zu subsumieren, die aber ohne Kenntnis ihrer immanenten Begrenzung zur Bestimmung des jedem zustehenden Rechtsgebietes, in dessen Überschreitung nach Rensing die Widerrechtlichkeit besteht, untauglich sind. Diesem Mangel versuchte Liechti[1] abzuhelfen. Indem er aber gestützt auf Thon[2] die sog. allgemeine (natürliche) Freiheit einzig durch die in der Rechtsordnung enthaltenen Verbote begrenzt findet, gelangt er doch wieder auf den Boden, der von ihm in Anschluß an Rensing abgelehnten herrschenden Theorie, wonach „widerrechtlich ist, was gegen ein Verbot oder Gebot der Rechtsordnung verstößt."[3] Durch Annahme dieser Definition als Sinn des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 OR wird die früher[4] gewonnene Erkenntnis von der besondern Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich", das nicht ein Handeln gegen ein Verbot, sondern ein solches ohne Recht bezeichnen soll, als wertlos erwiesen; es wäre demnach nur eine andere Bezeichnung derselben Sache. – Bei einer einfachen Verweisung auf Rensing läßt es Simon[5] bewenden, der sich ebenfalls für diese Auffassung der Widerrechtlichkeit erklärt hat.

Für die herrschende Auslegung aber, welche die von Rensing aufgestellte Theorie der Rechtswidrigkeit ablehnt, besteht somit der eingangs erwähnte Widerspruch. Davon merken allerdings diejenigen nichts, welche wie Haber-

---

[1] Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben S. 92.
[2] Rechtsnorm S. 292.
[3] Verrufserklärungen S. 93.
[4] S. Liechti S. 89.
[5] Concurrence Déloyale S. 45 sub. 2.

stich[1], Schneider und Fick[2], Hafner[3] vom französischen Wortlaut gar keine Notiz nehmen.[4] Das scheint übrigens trotz Erwähnung der französischen Wendung auch bei fast allen andern Autoren der Fall; auch für diese ist das Haftenbleiben am deutschen Wortlaut charakteristisch. W. Burckhardt[5] z. B. läßt es bei der Bemerkung bewenden: „Der französische Text scheint allerdings mehr auf die Auslegung hinzuweisen, daß derjenige sich zum Schadenersatz verpflichtet, der einem andern Schaden zufügt, ohne hiezu berechtigt zu sein." — Einzig von Weiß[6] wird der französische Wortlaut gebührend berücksichtigt. Seiner Meinung nach entspricht die französische Wendung der von Rensing vertretenen Theorie, der deutsche Ausdruck dagegen der herrschenden Auslegung. Auf Grund praktischer Erwägungen entscheidet er sich für die letztere als die allein zweckmäßige.[7]

---

[1] Handbuch des OR Bd. 1 S. 175.

[2] Kommentar 2, A. S. 115 ff.

[3] Das Schweiz. OR mit Anmerk. S. 15, Anmerk. 2 zu Art. 50.

[4] Hiezu gehört auch Wildi, Gründerverantwortlichkeit, der zwar den franz. Text S. 19 in Anmerkung 1 anführt, ohne ihn jedoch bei der Interpretation des Merkmals „widerrechtlich" weiter zu berücksichtigen.

[5] Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht Bd. 15 S. 237.

[6] Die Concurrence Déloyale S. 24 f.

[7] Weiß glaubt nämlich, daß von Rensing's Standpunkt aus, die Frage, „ob auch derjenige, der selber durch Herausgeben eines Schriftwerkes eine unerlaubte Handlung begangen hat (sei es, daß er gegen das Urheberrecht eines andern verstieß, sei es, daß er wenigstens dessen Individualrecht verletzte, also eine c. d." — concurrence déloyale — „beging) einen andern, der nun seinerseits dieses Schriftwerk wieder nachahmt, wegen c. d." — ergänze: für den Schaden — belangen kann?" s. S. 32 l. C., bejaht werden müsse, daß also bei Anwendung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 in diesem

Auch die Welschschweizer Autoren besitzen kein Verständnis für die Unvereinbarkeit der herrschenden Auslegung mit dem französischen Wortlaut. Sie halten sich einfach an die französische Fassung und erklären demgemäß

Sinn, — den O. Mayer in der Z. f. ges. Handelsrecht Bd. 26 S. 363 ff zwar nicht etwa als die Bedeutung des Begriffs der Rechtswidrigkeit wohl aber als Sinn des m. E. dem „widerrechtlich" entsprechenden objektiven Erfordernisses im C. c., des dommage cause sans droit s. C. c. S. 369 ff. — nachgewiesen hat — ein sachlich ganz unrichtiges Ergebnis herauskäme. — Doch wer ist denn hier der eigentlich Geschädigte? Gewiß nicht der erste Nachahmer, sondern der rechtmäßige Herausgeber. Der erste Nachahmer wäre also mangels Schädigung, eingetretener oder doch wenigstens bevorstehender, gar nicht aktiv legitimiert; denn „als Schaden im Rechtssinn kommt nicht in Betracht, der entgangene Gewinn, welcher sich auf unsittlichen oder sonst rechtlich reprobierten Erwerb stützen würde." Vgl. Fischer, der Schaden S. 65 sub. V. Der Satz gilt natürlich auch für das OR. Das Recht fördert weder das Unsittliche noch das Rechtswidrige (Verbotene) Art. 17 OR. — Daß übrigens auch das von Weiß im Anschluß an Kohler aufgestellte Kriterium für die Widerrechtlichkeit der concurrence déloyale, nämlich die Verletzung eines Individualrechts, s. S. 32, nicht immer eine glatte Lösung ermöglicht, zeigen die von Weiß S. 31 angestellten Erörterungen darüber, „ob Rechtsschutz auch gegenüber wahrer" — schädigender — „Kritik seitens eines Konkurrenten (nur um diese handelt es sich hier) zu verleihen sei? Diese Frage ist zu verneinen; denn das Interesse an den tatsächlichen Beziehungen zur Kundschaft ist nicht ein unbedingt rechtlich geschütztes, sondern nur ein gegen solche Mittel des Konkurrenten rechtlich geschütztes, die sich als einen **widerrechtlichen** Angriff auf die Persönlichkeit darstellen; ein verletztes Individualrecht liegt hier nicht vor, sofern nicht in einem solchen Fall der Tatbestand der Kreditschädigung liegt." M. a. W. Eine in solcher Weise zugefügte Schädigung ist nicht widerrechtlich, weil sie keine Verletzung eines Individualrechts enthält und ein verletztes Individualrecht liegt nicht vor, weil die durch wahre Kritik zugefügte Schädigung nicht widerrechtlich ist. — Das ist kein zufälliger, sondern ein notwendiger Zirkel für alle „Rechte", die ihre Existenz nur aus dem durch Art. 50 OR gewährten Schutz herleiten müssen.

„tout acte dommageable causé *„sans droit"*[1] als unerlaubte Handlung im Sinne des Art. 50 OR.

Ebensowenig wird man in den bundesgerichtlichen Entscheiden eine klärende Auseinandersetzung über diese Frage finden, obschon doch die in französischer Sprache redigierten, die Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" behandelnden Entscheide hierzu, wie man meinen sollte, eigentlich drängen mußten. Daß der bestehende Widerspruch hier nicht offen zu Tage tritt, beruht auf der Fragestellung, die statt von dem im Text des Art. 50 enthaltenen Erfordernis des dommage causé *„sans droit"* einfach von der Titelüberschrift „actes illicites" ausgeht. — Nach dem Hinweis darauf, daß das Gesetz in Art. 50 OR nicht definiere, was man unter „acte illicite" und dommage causé „sans droit" zu verstehen habe, fährt der Entscheid[2] fort: „Le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence constante, conforme aux solutions de la doctrine, a toujours admis, *qu'un acte est* ***illicite,*** l'orsqu'il implique un violation de l'ordre public, ou l'orsqu'il porte atteinte aux droits d'un individu, soit par un impiétement injustifié dans la sphère de ses droits, soit par une lésion causée à ses intérêts privés, legalement protégés." —

[1] Vgl. Roffel, Manuel S. 91, Jacottet, Manuel S. 42, van Muyden in Z. f. schweiz. Recht N. F. Bd. 5 S. 657. — Martin ebenda N. F. Bd. 8 S. 2 ist dagegen sichtlich vom deutschen Text beeinflußt, wenn er aus dem franz. Text als erstes Erfordernis entnimmt „1° un fait contraire au droit, un acte illicite." Über die franz. Version geht er mit der Bemerkung hinweg: „Quand peut-on dire qu'au acte a été commis sans droit? C'est l'orsqu'un droit a été lésé". Vgl. über das Erfordernis des „droit lésé" im französischen Recht § 5, insbesondere aber den zitierten Aufsatz von O. Mayer.

[2] BGE Bd. 30 II S. 281 Erw. 4.

Was aber abgesehen von der ganz ungenügenden Berücksichtigung der französischen Version alle diese gelegentlichen Interpretationsversuche mangelhaft erscheinen läßt, ist die völlige Ignorierung des historischen Moments, das nach Regelsberger[1] „für das volle Verständnis" eines Rechtssatzes „von der höchsten Bedeutung ist." Daran anschließend stellt er das eigentlich selbstverständliche Postulat auf. „Ist nachweisbar ausländisches Recht die Quelle eines einheimischen Rechtssatzes, so ist darauf zurückzugehen".[2]

§ 5. Das dem Ausdruck „widerrechtlich" in Art. 50 OR entsprechende Merkmal als objektives Erfordernis des délit civil und quasi délit.

Bekanntlich[3] ist das im OR enthaltene Prinzip, wonach grundsätzlich jede schuldhafte Vermögensschädigung

---

[1] Pandekten S. 149.

[2] Die Rücksichtnahme auf den geschichtlichen Zusammenhang ist natürlicherweise nicht lediglich eine Eigentümlichkeit der auch von Regelsberger in gemäßigter Weise vertretenen Theorie, die ihr Ziel in der Feststellung des durch das Gesetz zum Ausdruck gebrachten eigentlichen Willens des Gesetzgebers erblickt, sondern wird auch von der gegnerischen Seite gefordert, so weist z. B. Binding, Lehrbuch, besonderer Teil Bd. I S. 4 auf den Zusammenhang der Geschichte hin als einer Erkenntnisquelle der den Worten zugrunde liegenden Bedeutungen (Rechtsbegriffe). — Auf die bekannte Kontroverse über das Ziel der Auslegung, ob es in der Feststellung der vom Gesetzgeber bewußtermaßen mit den Worten verbundenen Bedeutungen bestehe oder in Erfassung des unabhängig vom Wissen des Gesetzgebers bestehenden objektiven Sinnes des Gesetzes (als Form des Gemeinwillens) selbst — s. darüber Hölder, Kommentar, insbesondere S. 23 — man könnte sie, nebenbei bemerkt, die subjektive (psychologistische) und die objektive (logisch idealistische) Theorie nennen — braucht nicht eingetreten zu werden, da das Ergebnis der vorliegenden Arbeit davon nicht beeinflußt wird.

[3] Botschaft a. E.

ersatzpflichtig macht, aus dem im französisch sprechenden Teil der Schweiz materiell in Geltung gewesenen Code civil[1] entlehnt worden. Art. 50 bezweckte eine Verbindung[2] der in Art. 1382 für absichtliche (délit) und in Art. 1383 für fahrlässige (quasi délit) Schädigungen enthalten gedachten Normen.[3] Nur nach dem Text zu schließen scheint das französische Recht in Art. 1382

> Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute du quel il est arrivé, à le reparer.

und Art. 1383:

> Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

vom Erfordernis der Widerrechtlichkeit im Sinne des Art. 50 OR abzusehen. Bevor jedoch in dieser vorerst rein äußerlichen, textlichen Verschiedenheit die Rechtfertigung für „die Möglichkeit und Notwendigkeit einer dem französischen Rechte gegenüber völlig selbständigen Interpretation des Art. 50 OR" (Wildi[4]) erblickt werden darf, muß doch zuerst auch der von der französischen Jurisprudenz entwickelte Sinn beachtet werden. — Zum objektiven Tatbestand des délit civil und quasi délit wird

---

[1] Huber, System und Geschichte des Schweiz. Privatrechts. 4. Bd. S. 187 ff.

[2] Vgl. auch vorn S. 20.

[3] Der Wortlaut des Art. 1382 — „par la *faute*" umfaßt — wie Marcadé mit Recht bemerkt hat, vgl. Laurent, Bd. 20 S. 406, eigentlich beides, die absichtliche und fahrlässige Schädigung. Durch die Praxis wurde jedoch seine Anwendung auf absichtliche Schädigungen, délits civils, beschränkt.

[4] Gründerverantwortlichkeit S. 21 u. 22.

nun nicht allein, wie man nach dem Text vermuten könnte, ein fait dommageable gefordert, sondern dazu gehört außerdem, daß die Schädigung sich als „illicite“ erweise.[1] Illicite aber ist jede Schädigung, wenn sie sich nicht darstellt als Ausübung eines anerkannten Rechtes oder als Erfüllung einer durch Gesetz auferlegten Pflicht[2]. „On entend par fait illicite“ sagt Laurent[3] — „tout ce *qu'on n'a pas le droit de faire*“. — Das scheint aber zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes doch nicht ausreichend. Man müsse sich hüten zu glauben, führt Laurent[4] aus, daß die nach Art. 1382 erforderliche Verletzung schon mit dem durch die Handlung bewirkten Schaden gegeben sei; „le dommage n'est que l'un des éléments du fait dommageable, par lui seul, il n'est suffit point, *il faut qu'un droit soit lésé*[5].“ Im gleichen Sinn schreibt *Demolombe*[6]: „Le fait illicite, c'est l'atteinte portée *injustement au droit* d'autrui“. Dasselbe Erfordernis macht auch *Aubry* und Rau[7] zur Bedingung des délit civil. Das

---

[1] Sourdat, Traité Général de la Responsabilité Nr. 642 Abs. 2.

[2] Sourdat Nr. 419.

[3] Principes Nr. 401.

[4] Nr. 404, 423.

[5] Daran fehle es in dem dazu zitierten Fall. — Eine Industriegesellschaft verbot ihren Arbeitern bei einem Krämer einzukaufen. Dieser erhebt Schadenersatzklage und macht geltend, daß sie das Verbot nur erlassen habe, um sich an ihm zu rächen wegen eines von ihm gegen die Errichtung von Koköfen erhobenen Einspruches. Das Gericht weist die Klage ab, weil die l'intention de vengeance nicht erwiesen sei, hält also eine Rechtsverletzung offenbar nicht für erforderlich.

[6] Traité, Nr. 665.

[7] Vgl. O. Mayer in der Z. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 26 S. 368 und die dort zitierten.

würde also genau dem entsprechen, was die herrschende Auslegung unter dem Merkmal „widerrechtlich" im Sinn des Art. 50 OR versteht. — Wie es sich aber in Wahrheit mit diesem Erfordernis des droit lésé verhält, hat O. Mayer in seiner Abhandlung über die concurrence déloyale klargelegt. Darnach kann das Wesen der c. d. in der Verletzung irgend welchen subjektiven Rechts, einer propriété de l'enseigne, de l'étiquette u. s. f., nur finden, wer übersieht, daß diese Rechte als staatlich geschützte Interessen — von eigentlichen subjektiven Rechten im Sinne Merkels-Sjögren als der individualisierten (durch die Rechtsordnung konkretisierten), rechtlichen Macht ist natürlich hier keine Rede — ihre Existenz ja erst dem durch Art. 1382 gewährten Schutz zu verdanken haben. Daß sie aber durch Art. 1382 geschützt sind, beruht darauf, daß die c. d. benannten Schädigungen, welche in dem mit unlautern Mitteln, durch Verwendung der vom Konkurrenten benützten Unterscheidungszeichen oder der ihm verliehenen Auszeichnungen, durch Schlechtmachen der fremden Leistungen[1], betriebenen Kundenfang bestehen, sich als Überschreitung des sogen. Rechts der Mitbewerbung[2] darstellen, wodurch eben das zum Tatbestand des Art. 1382 C. c. gehörige Erfordernis, daß die Schädigung sich als „sans droit" zugefügt erweise, erfüllt wird. — Mayer hat überzeugend nachgewiesen, daß die französischen Autoren an dem Erfordernis des „droit lésé"[3] selbst nicht

[1] Vgl. Mayer S. 378.

[2] idem S. 374 ff.

[3] Welche Bewandtnis es eigentlich mit dem Erfordernis des „droit" lésé" hat, scheint mir bei *Sourdat* ersichtlich, vgl. Nr. 31, 46, 47, 48, 49, 444, der zur „réalité *du dommage*" ein „*droit lésé*" ver-

festhalten und es ohne Preisgabe der gesetzlichen Grundlage für die Verbotenheit der concurrence déloyale nach französischem Recht auch nicht können.[1] — Übrigens widersprechen die angeführten Autoren selbst gelegentlich ihrer eigenen Behauptung von der Notwendigkeit eines „droit lésé" zur Existenz eines Delikts. Sogar Laurent, der doch, wie eben gezeigt, mit ganz besonderem Nachdruck die unbedingte Notwendigkeit dieses Erfordernisses betont hat, sieht sich an anderer Stelle[2] zu einer gegenteiligen Erklärung genötigt: „***Mais il ne suffit pas qu'aucun droit ne soit lésé*** *pourque l'auteur du fait dommageable soit à l'abri de l'action en dommages intérêts, il faut encore, qu'il ait usé de son droit de bonne foi sans intention méchante.*"[3] —

Auch aus den von Demolombe gemachten Ausführungen geht hervor, daß er immer dann eine Rechtsverletzung als gegeben erachtet, sobald nur die Schädigung sich als „*in-*

---

langt. Es würde sich also damit gleich verhalten, wie mit dem früher allgemein auch von der deutschen Jurisprudenz aufgestellten Erfordernis der Rechtsverletzung als Voraussetzung für die Existenz eines Schadens im Rechtssinn, eine Auffassung, der **Degenkolb** den Garaus gemacht haben dürfte. „Der Schaden ist weder selbst Rechtsverletzung, noch in Entstehung, Dasein, Gehalt durch ein „verletztes Recht" bedingt, gegeben und begrenzt." Arch. für d. Civ. Pr Bd. 76 S. 52. — Das gilt wenigstens für das Zivilrecht; anders wohl im Strafrecht, vgl. Binding, Lehrbuch, besonderer Teil 1. Bd. S. 238.

[1] Vgl. Mayer S. 369 ff.

[2] Principes Nr. 412.

[3] So haftet die Prozeßpartei, „si elle agit par esprit de chicane, ou dans un but de vexation", ja auch, wer „gutgläubig" eine „action injuste, mal fondé ou sans intérêts" anhebt, muß nach Laurent, sofern Fahrlässigkeit vorliegt, Schadenersatz leisten, obschon doch hier auf Seiten des Geschädigten kein „droit lésé" gegeben ist.

justement" zugefügt erweist.[1] Im Anschluß an seine Definition handelt er nämlich nur von Fällen rechtmäßiger Schädigung, keineswegs von solchen, wo mangels Rechtsverletzung die Schadensersatzpflicht zu verneinen wäre.

[1] „C'est" — fährt er in Nr. 665 Abs. 3 fort. — „le damnum *injuria* datum, *quod non jure factum est*...., hoc est contra jus. .." — Die Bedeutung des Ausdruckes „*injuria*" als **objektives** Tatbestandsmoment der lex Aquilia ist nun zweifellos diejenige, welche ursprünglich einzig, wie vermutet wird, vgl. Brinz, Pandekten 2. Bd. 2. Abt. S. 808 und 809 mit dem Worte „injuria" hier verbunden war, mithin von „quod non jure factum est" — ohne Recht — sans droit". Bei Feststellung der „injuria" im objektiven Sinn wird, wie *Pernice,* Sachbeschädigung S. 35 vgl. auch S. 45 bezeugt, nur darauf gesehen, ob „der Verletzte zu seiner Handlung ein Recht hatte oder nicht." Vgl. auch Windscheid, Pandekten II S. 975 „Zur Widerrechtlichkeit" (der Sachbeschädigung) gehört: a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung habe." — Durch die Interpretation wurde aber außer diesem objektiven Moment mit dem Worte injuria auch das subjektive Erfordernis der culpa verbunden. — In diesem Sinn ist das damnum injuria datum das damnum culpa datum vgl. Hasse, die Culpa der röm. R. S. 39. — Der Ausdruck „injuria" in der *lex Aquilia* umfaßt also zwei Bedeutungen, nämlich das objektive Tatbestandserfordernis — quod non jure factum est — also die Bedeutung des Tatbestandsmerkmal „widerrechtlich" „sans droit" und das subjektive Moment, die culpa. Das obige Zitat — Quod non jure factum est, hoc est contra jus — ist also ohne Beziehung des zweiten Satzteils auf das Nachfolgende: id est, si *culpa* quis occiderit, l 5 § 1 D IX, 2 — falsch. Eine „ohne Recht" zugefügte Sachbeschädigung ist nur dann contra jus, wenn culpa vorliegt. ***Injuria*** im Sinne des objektiven Tatbestandsmerkmals — quod *non jure* factum est — sind dagegen alle nicht rechtmäßigen Sachbeschädigungen, mithin auch die Fälle, wo lediglich *culpa* fehlt z. B. l. 31 Schlußsatz D IX, 2 die von den Fällen rechtmäßiger Schädigung z. B l. 4 pr. und § 1 zu unterscheiden sind. — Der Hauptunterschied zwischen dem von der Interpretation entwickelten Tatbestand der lex Aquilia und demjenigen des Art. 1382 besteht darin, daß hier die Begrenzung auf Sachschaden — damnum *corpori* datum (das Erfordernis *corpore* ist be-

Demolombe versteht also unter einem acte illicite im Sinne des Art. 1382 C. c. abgesehen vom subjektiven Moment, dem Verschulden nichts anderes als ein dommage causé „*sans droit*". — Die richtige Auffassung hinsichtlich des fraglichen Merkmals vertritt demnach Waelbroeck,[1] wenn er bemerkt: „pourqu'un fait de l'homme donne lieu à la réparation et ouvre l'action en dommages intérêts, *il n'est pas nécessaire*, que ce fait constitue un atteinte à la propriété" (au droit) „d'autrui. *Il suffit*, qu'il cause un dommage et qu'il ait été posé sans droit[2] ni titre." — Es liegt auf der Hand, daß unter „droit" hier nicht nur das eigentliche subjektive Recht zu verstehen

---

kanntlich von Interpretation schon für die lex Aquilia fallen gelassen worden) — aufgegeben ist; ferner wird im Text des Art. 1382 nur das subjektive Moment, die *culpa* — „*faute*" — ausdrücklich hervorgehoben, nicht aber das objektive Erfordernis der injuria (das dommage causé) „*sans droit*".

[1] Cours de droit industriel No. 192. Die Stelle ist zitiert von O. Mayer S 369.

[2] S. Sirey-Gilbert, Code annoté. Anmerk. 1 zu Art. 1382, dans l'application de l'article 1382, et pour savoir quand il y a faute, il faut se souvenir que la loi entend par là l'action de faire une chose, *qu'on n'avait pas le droit de faire*", und die Berichtigung bei Zachariae, Handbuch Bd. 2 S. 758 Anmerk. 4: „.... nicht zu übersehen ist aber, daß das objektive Moment „quand on a fait ce *qu'on n'avait pas le droit de faire*" nicht genügt, sondern das subjektive des Verschuldens (culpa, faute) hinzutreten muß." —

Vgl. *Toullier-Duvergier*, Droit civil Bd. 11 No. 120—122, der nach Fels bei Gruchot, Beiträge 2c. Bd. 25 S. 15 mit Bezugnahme auf die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26. August 1789 Art. 5: „La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société" ausführt, „daß das Gesetz allgemein verbiete, andern Schaden zuzufügen und daß dieses Prinzip nur durchbrochen werde von dem Grundsatz: *Qui suo jure utitur, neminem laedit.*"

ist, sondern auch jede andere erlaubte Schädigung[1]. Das „droit de concurrence“ z. B. will gewiß nichts anderes sein als eine bequeme Bezeichnung für die Erlaubtheit des Wettbewerbs, soweit er sich innert den Grenzen des rechtlich Zulässigen[2] bewegt. Daß „droit“ in diesem weitern Sinn zu verstehen ist, wird von Sourdat[3] bestätigt. Unrichtig, meint dieser Autor, sei die Annahme, man habe Berechtigung alles das zu tun, was nicht ausdrücklich verboten sei. Nur für das Strafrecht, nicht aber für das Civilrecht könne der Grundsatz: „tout ce qui n'est pas défendu par la loi est permis“ Richtigkeit beanspruchen. Hier müsse vielmehr die Zulässigkeit einer Schädigung anhand allgemeiner Prinzipien[4] geprüft werden. „C'est à la lumière de ces principes supérieurs que nous chercherons à poser la *règle générale servant à déterminer quelles sont les choses que chacun* ***a le droit*** *de*

---

[1] Vgl. zum Gebrauch des Wortes „Recht“ in diesem Sinne die Bemerkungen bei Hold v. Femeck, Rechtswidrigkeit Bd. 1 S. 302.

[2] Vgl. außer der im Text wiedergegebenen Auffassung Sourdat's Anm. 3 S. 37.

[3] Traité général No. 440.

[4] Nr 439 letzter Absatz S. 548. Daß Sourdat auf Moralprinzipien, nämlich auf „les principes divins de la charité, qui nous commandent de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait, de leur procurer même tout le bien que nous pouvons sans nous nuire personnellement“ statt auf Rechtsprinzipien zurückgreift, ändert an der grundsätzlichen Richtigkeit seines Standpunktes nichts. Der „Gerechtigkeitssinn“ „das Rechtsgefühl“ wird hier also nach Sourdat den Ausschlag geben. „La conscience de l'homme éclairée par cette loi primordiale et universelle du monde moral « ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qui te fût fait à toi-même », peut discerner et apprécier les actes dommageables qui doivent entraîner réparation.

faire, et dans l'accomplissement desquelles il est à l'abri de toute action en responsabilité." —

§ 6. Das Resultat.

Als Grundlage für die Interpretation des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 OR haben die bisherigen Erörterungen folgendes ergeben:

1. Der Text des OR ist dreisprachig. Nur alle drei Fassungen zusammengenommen bilden den vollständigen Text und sind demnach als Teile des Gesamttextes gleichwertig (§ 3).

2. Das Wort „widerrechtlich" findet sich außer der gewöhnlichen Verwendung als Ausdruck des gleichnamigen Begriffs auch als Tatbestandsmerkmal in der Bedeutung von „ohne Recht" „nicht rechtmäßig" (§ 2).

3. Welche von diesen beiden Bedeutungen dem Merkmal „widerrechtlich" in Art. 50 OR zugrunde liegt, erhellt aus dem korrespondierenden französischen Ausdruck „*sans droit*". Durch diese Wendung wird also die an sich nur bei Rücksichtnahme des deutschen Textes vorhandene Möglichkeit, das Wort „widerrechtlich" als Ausdruck des allgemeinen Begriffs der Rechtswidrigkeit zu verstehen, ausgeschlossen. Nur wenn das Merkmal „widerrechtlich" in der in § 2 festgestellten besondern Bedeutung genommen wird, weisen die beiden korrespondierenden Ausdrücke auf ein und dieselbe ihnen gemeinsam zugrunde liegende Bedeutung hin. — Abgesehen von Art. 50 OR kommt das Wort „widerrechtlich" durch die selbe französische Wendung

wiedergegeben nur noch in Art. 26[1] vor. — Dabei sei es gestattet auf die beachtenswerte Tatsache hinzuweisen, daß dem Worte „widerrechtlich" in der dem Art. 26 OR entsprechenden Bestimmung des BGB § 123 von maßgeblicher Seite ganz die gleiche Bedeutung beigemessen wird[2]. — Wo dagegen im OR das Wort „widerrechtlich" in wörtlicher Bedeutung fungiert, z. B. in Art. 17, 177, 181, da lautet die französische Version „illicite". Im italienischen Text kommt das fragliche Merkmal nicht vor, an dessen Stelle ist einfach die Titelüberschrift „atti illeciti" wiederholt. Was denn aber unter einer unerlaubten Handlung

---

[1] „Ist der eine Teil von dem andern oder von einem dritten widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, ... „Si l'une des parties a conclu le contrat sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée **sans droit** l'autre partie ou un tiers", ... Italienisch lautet die Wendung: ... pel timore ragionevole causato *dal fatto illecito* ...

[2] Planck, in der Festgabe für Regelsberger S. 161: „Das Wort widerrechtlich bedeutet hier wie in § 823 nicht eine besondere positive Qualifikation der Bestimmung" (durch Drohung); „vielmehr hat dadurch nur ausgedrückt werden sollen, daß die Anfechtbarkeit ausgeschlossen sei, wenn im einzelnen Fall dem Drohenden das Recht zugestanden habe, den andern zur Abgabe der Willenserklärung durch Drohung zu bestimmen. Das Wort „widerrechtlich bedeutet also dasselbe, wie wenn gesagt wäre, es sei denn, daß dem Drohenden ein Recht der genannten Art zugestanden habe" Ebenso Oertmann, Allgemeiner Teil S. 385 sub. c, α 2. Abs. — Also genau das, was „widerrechtlich" „*sans droit*" in Art. 26 OR besagt. — Die von *Enneccerus*, Allgem. Teil, S. 413 Anmerk. 9 dagegen erhobene Einwendung, die Ansicht Plancks widerspreche dem Wortlaut „Eine Handlung, auf die man kein besonderes Recht hat, ist darum noch nicht „widerrechtlich". „Widerrechtlich" ist nur die einem Rechtsgebot widersprechende Handlung", ist ein aus dem hier nicht in Frage stehenden Begriff der Rechtswidrigkeit entnommenes Argument und berührt in keiner Weise die besondere Bedeutung des Wortes „widerrechtlich" s. auch vorn im Text S. 13 Anmerk. 1.

im Sinne des Art. 50 OR zu verstehen ist, sagt demnach nur der deutsche und französische Wortlaut.[1]

4. Endlich ergibt der Rückgang auf die Quelle des Art. 50 OR den C. c. und dessen Auslegung durch die französische Jurisprudenz, daß das dem „widerrechtlich" entsprechende objektive Merkmal des délit civil und quasi délit in Art. 1382 und 1383 genau wie im französischen Text des Art. 50 mit „sans droit" bezeichnet wird. Dabei hat sich gezeigt, — worauf auch Fels[2] in einer Besprechung des Entwurfs zum BGB mit Recht hingewiesen hat und durch die Abhandlung von O. Mayer über die concurrence déloyale ebenfalls bestätigt wird — daß gerade darauf, daß Art. 1382 und 1383 C. c. nicht eine widerrechtliche Handlung voraussetzen, sondern einfach eine nicht gerechtfertigte Schädigung verlangen, die praktische Zweckmäßigkeit des französischen Rechts beruht.

Daraus folgt:

Die Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 OR ist diejenige von „ohne Recht" „sans droit" oder besser, da darunter nicht nur das subjektive Recht im eigentlichen Sinn gemeint ist — man denke an das große Gebiet der Schädigung durch erlaubten Wettbewerb, durch öffentliche Kritik in Wahrnehmung berechtigter Interessen u. s. f. — von „nicht erlaubt", „nicht rechtmäßig"[3].

---

[1] Die unterschiedslose Verwendung des selben Wortes in einer Sprache, wo die andere zwischen zwei Wörtern abwechselt, bildet also nicht immer, wie das Bundesgericht anläßlich der Interpretation eines andern Gesetzes ausgeführt hat, BGE Bd. 19 S. 88, einen Beweisgrund für die sachliche Bedeutungslosigkeit der verschiedenen Ausdrucksweise.

[2] Gruchot Beiträge Bd. 35 S. 15.

[3] Mit dieser Formulierung scheinen wir freilich in eine Zwickmühle zu geraten — vgl. Liechti vorn im Text S. 23 —; denn

Ohne daß sachlich eine Änderung bewirkt würde, könnte

„erlaubt", so werden wir belehrt, ist kein selbständiger, sondern ein abgeleiteter Begriff rein negativen Inhalts; er besagt „gar nichts anderes als Nichtverbotensein". Bierling, Kritik 2. Teil S. 18 und Exkurs A. S. 307 ff. Die Unselbständigkeit des erstern und sachlich Identität mit letzterm sei eine Folge der imperativischen Natur alles Rechts. Bei Richtigkeit dieser Ansicht würde sich somit die abweichende Interpretation des Merkmals „widerrechtlich" nur als eine andere Bezeichnung des selben Sachverhalts erweisen. „Nicht erlaubt" „nicht rechtmäßig" ist eben = nicht nicht verboten, — also nur das Verbotene. Da zudem die erstere Bedeutung von letzterer abgeleitet ist, so wäre die hier vertretene Auslegung mit Recht als wertlos zu verwerfen.

Aber ist denn diese Lehre von der Identität des rechtlich Erlaubten, des Rechtmäßigen mit dem Unverbotenen, vgl. außer Bierling, Thon, Rechtsnorm S. 292, Hold v. Ferneck, Rechtswidrigkeit Bd. 1 S. 281 ff — überhaupt haltbar. M. E. lassen sich dagegen doch Einwendungen erheben, die auf einen selbständigen Inhalt des rechtlich Erlaubten, des Rechtmäßigen hinweisen. — Darüber kann kein Zweifel sein, daß sofern diese beiden Begriffe in dem von Bierling behaupteten Verhältnis stehen, wohl die Rechtmäßigkeit aus dem Fehlen eines Verbots, nun und nimmer aber das Umgekehrte, die Unverbotenheit aus der Rechtmäßigkeit hergeleitet werden könnte, bezw. daß mit letzterer Möglichkeit auch das Dasein eines selbständigen Inhalts im Begriff der Rechtmäßigkeit erwiesen wäre. — Das letztere Verfahren scheint mir aber doch vielfach geübt; als Beispiel diene der Notstand „..... Notstandshandlungen ..., durch welche ein höheres Interesse gerettet wird auf Kosten eines geringern, entsprechenden Gesamtinteresse," Merkel, Kollision S. 41, sie sind „dem Willen des Staates gemäß", Merkel, S. 42 Abs 43 Abs. f. S. 74. — Solche durch das Prinzip des überwiegenden Interessens — vgl. S. 75. Nur so „läßt sich die Rechtmäßigkeit der Handlung begründen" — gedeckte Handlungen sind rechtmäßig und deshalb unverboten — Die inhaltliche Verschiedenheit der beiden Begriffe zeigt sich anderseits auch darin, daß mit der Unverbotenheit einer Handlung keineswegs mit logischer Notwendigkeit deren Rechtmäßigkeit gegeben ist. (Tatsächlich kann dies allerdings vorkommen, nämlich dann, wenn wie im C. c. und OR jede nicht rechtmäßige Schädigung verboten ist; vom Standpunkt des BGB wäre dagegen

also das Wort „widerrechtlich" in Art. 50 OR durch die in Art. 28 ZGB in gleichem Sinn gebrauchte Wendung

---

der Satz, „was nicht verboten ist, ist erlaubt" falsch, sofern man erlaubt im Sinne von rechtmäßig und nicht lediglich als Bezeichnung des Unverbotenen versteht, vgl. Jung, Delikt und Schadensverursachung S. 42. „Erlaubt" wird also, wie bereits Wach, Gerichtssaal Bd. 25 S. 443 festgestellt hat, in zweifacher Bedeutung verwendet, nämlich im Sinn von „rechtmäßig" und als eine lediglich andere — mißbräuchliche — Bezeichnung des Unverbotenen —) Bekanntlich ist die „fahrlässig" verursachte Vermögensbeschädigung ohne Verletzung eines Rechtes oder eines Schutzgesetzes (zur Ausdrucksweise „Gesetzesverletzung" s. Bierling, Prinzipienlehre Bd. 3 S. 180 Anmerk. 11) nach BGB nicht verboten, RGE Bd. 51 S. 92 und doch wird niemand dieselbe als „rechtmäßig" bezeichnen wollen. Nun und immer wird auch die unverbotene „mit den Interessen eines geordneten Rechtslebens" unverträgliche Handlung, s. Binding, Normen Bd. 1 S. 61 — also ein Verhalten, das mit dem Rechtswidrigen (Verbotenen) seinem materiellen Gehalt nach, Verstoß gegen das Gemeininteresse — Merkel, Kriminalist, Abh. S. 61 — übereinstimmt, als „rechtmäßig" gelten können. Diese Aussage wäre eine Vergewaltigung des Sprachgebrauchs und des Rechtsgefühls. Die Verträglichkeit mit diesen Interessen ist doch conditio sine q. n. der Rechtmäßigkeit. — Alle diese Erwägungen zeigen, daß der Begriff der Rechtmäßigkeit einen selbständigen, positiven Inhalt besitzt. Ein gegen das allgemeine Interesse verstoßendes, ein „materiell rechtswidriges" — so nennt es Stooß in der Zeitschrift für Strafrecht Bd. 24 S. 311. — Verhalten, mag es auch unverboten sein, wird nie unter diesen Begriff subsumiert werden dürfen. Erlaubt oder rechtmäßig ist demnach außer dem einem subjektiven Rechte entsprechenden (die Einschränkung des Begriffs auf das subj. Recht widerspricht dem Sprachgebrauch vgl. z. B. BGB § 1318) dasjenige unverbotene Verhalten, das sich „im Einklang mit dem positiven Willen des Staates" (Wach C. c. S. 443) befindet, mit der „Rechtsidee" (Stooß) mit dem Zweck, dem Grundgedanken des Rechts. Wenn es richtig ist, was Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 172, 201 dargelegt hat, daß jedem Rechte das Streben nach dem Richtigen, der Übereinstimmung mit dem sozialen Ideal, begrifflich innewohnt, so erscheint es als ein innerer Widerspruch, ein Ver-

„unbefugterweise“[1] ersetzt werden. Im Resultate stimmen

halten, „dessen Verallgemeinerung den Grundgedanken der rechtlichen Gemeinschaft aufheben würde“ bloß aus dem Grunde, weil ein positives Verbot fehlt, als rechtmäßig zu erklären. Auch in der Überlassung eines Gebiets der äußern Betätigung zur freien Entschließung an die Rechtsgenossen liegt keine „grundsätzliche Gestattung der Willkür“ — Stammler S. 251. — Das Recht gewährt diese Freiheit in der Voraussetzung einer richtigen Benutzung und nur als ein Mittel, „um ein gutes Zusammenleben zu bewirken“ — oder wie Kohler, Recht des Markenschutzes S. 104 dem gleichen Gedanken Ausdruck gibt: „Die Freiheit des Verkehrs ist selbstverständlich eine Freiheit des redlichen Verkehrs, eine Freiheit, in welcher die angemessene Produktion vor der unangemessenen den Sieg davontragen soll, wo das Tüchtige, Gute, Reelle durch die in ihm selbst liegenden Vorzüge dem Schlechten und Unreellen den Vorzug ablaufen soll“ also eine „gerechte Freiheit“ nicht die sog. natürliche. — „Die natürliche Freiheit gibt es für die soziale Betrachtung gar nicht“ Stammler, L. v. r. R. S. 248 —, sondern rechtliche Freiheit, welche wie die sittliche Freiheit Gesetzmäßigkeit ist. —

Da nun überall da, „wo das Gesetz Vorsatz oder Fahrlässigkeit für die Anknüpfung der Schadensersatzpflicht fordert, es damit deutlich zeigt, daß es die Handlung, weil es sie mißbilligt, verbietet, und dadurch hindern will....“ [Zitelmann, Archiv für zivil. Praxis Bd. 99 S. 6. Die Schlüssigkeit dieser Argumentation scheint Oertmann, Schuldverhältnisse S. 954 u. a. im Hinblick auf § 826 u. § 226 BGB nicht anerkennen zu wollen, allerdings ohne irgendwelchen Einwand gegen die Richtigkeit des von Zitelmann ausgesprochenen Satzes vorgebracht zu haben. Will man, nebenbei bemerkt, ohne Verstoß gegen obigen evidenten Grundsatz den zwischen den beiden Bestimmungen bestehenden Widerspruch lösen, so bleibt nur der von Planck eingeschlagene Weg übrig, oder aber man läßt zu der Unzulässigkeit der Rechtsausübung nach § 226 die Verbotenheit nach § 826 hinzutreten, von der Erwägung ausgehend, daß § 826 mehr als § 226 — vgl. Stammler, L. v. r. R. S. 327 — „den eigentlichen Gedanken des Rechtsganzen enthält.“ Windscheid, Pandekten 9. A. Bd. 1 S. 110] so ergibt sich als **Folge** der hier vertretenen Auslegung die Annahme eines dem Art. 50 OR zugrunde liegenden allgemeinen Verbots der Vermögensschädigung.

[1] Wenn Egger, Kommentar, Personenrecht zu Art. 28 S. 113 behauptet, daß die Streitfrage, ob die Widerrechtlichkeit — gemeint

damit überein C. Stooß[1], Gmür[2], W. Burckhardt und C. Chr. Burckhardt[3].

ist das Merkmal „widerrechtlich" in Art. 50 OR — vom Standpunkt des Verletzers oder des Verletzten aus geprüft werden müsse, nun durch das ZGB zugunsten der letztern Art des Vorgehens entschieden sei, indem sich dieses in Art. 28 selbst auf den Standpunkt des Verletzten stelle, so wird dabei m. E. übersehen, daß die sog. subjektive Theorie den Standpunkt des Verletzers nur einnimmt, um das Merkmal „widerrechtlich" = „ohne Recht" feststellen zu können, daß sie sich dagegen zur Feststellung der notwendigen Voraussetzung der Klage aus Art. 50, nämlich des eingetretenen oder doch wenigstens bevorstehenden Schadens, mit andern Worten einer Vermögensverletzung oder Vermögensgefährdung, gewiß auch auf den Standpunkt des Verletzten stellen muß; genau wie in Art. 28; dem Schaden entspricht hier die Verletzung der persönlichen Verhältnisse, dem Merkmal „widerrechtlich" in Art. 50 OR das Erfordernis „unbefugterweise", das natürlich auch Egger vom Standpunkt des Verletzers aus festzustellen versucht, vgl. S. 113. — Vgl. Hafter: Kommentar, Persönenrecht, S. 122 sub Ziff. 16: „Unbefugt" ist gleichbedeutend mit „widerrechtlich".

[1] ZSchwR Bd. 5 NF S. 588, wo unter Bezugnahme auf den französischen Text des Art. 50 OR bemerkt wird: „Erlaubter Weise wird daher einem andern ein Nachteil" (Schaden) „nur zugefügt werden dürfen, wenn jemand zu der benachteiligenden Handlung berechtigt ist."

[2] ZSchwR, NF Bd. 22 S. 619 ff. mit folgender Begründung: Erfordert Art. 50 als Voraussetzung des Delikts ein Handeln gegen eine bestimmte Norm, so ist der Schutz, den die im allgemeinen doch nirgends ausdrücklich geschützten immateriellen Güter genießen, nicht erklärlich. Art. 50 darf deshalb nicht so ausgelegt werden, daß nur die rechtswidrige Schädigung als verboten erscheine, sondern in der Weise, daß in ihm selbst die allgemeine Norm: „Du sollst nicht fremdes Vermögen schädigen," enthalten gedacht werde. Erst als Folge dieser Annahme resultiert die oben festgestellte besondere Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich". Er schlägt deshalb für die Revision des OR vor, die Wendung „widerrechtlich" entsprechend dem Art. 28 ZGB durch „unbefugterweise" zu ersetzen. —

[3] Verwickelter ist der Gedankengang bei W. Burckhardt in ZStR Bd. 15 S. 237 ff. Hier wird vorab die Meinung, als enthalte

Zufolge dieser Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich" — „sans droit" fallen unter Art. 50 auch solche ungerechtfertigte Schädigungen, die abgesehen von dem Art. 50 OR zugrunde liegenden Verbot der Vermögens-

---

Art. 50 OR selbst ein Verbot der schädigenden Handlungen überhaupt, abgelehnt. Das Verbot müsse, wenn die Schadensersatzpflicht eine rechtswidrige Handlung voraussetze, notwendigerweise in einem andern Gesetz enthalten sein. Allerdings scheine zwar das Gesetz in Art. 50 dieses Erfordernis aufzustellen, jedoch mit Unrecht. Wenn nämlich im OR zum Unterschied vom BGB auch die rechtswidrige Handlung, welche weder ein subjektives Recht des Geschädigten (§ 823 Abs. 1 BGB), noch ein zu seinem Schutz erlassenes Gesetz (§ 823 Abs. 2) verletze, eine Schadensersatzpflicht erzeuge, so bilde der Grund der Ersatzpflicht offenbar nicht die Rechtswidrigkeit der Schädigung; denn die fragliche Handlung besitze diesen Charakter jenem gegenüber ja gar nicht, sondern einfach die Tatsache der Schädigung. Es könne deshalb von diesem Requisit abgesehen werden, (doch wohl nur de lege ferenda gesprochen s. Thesen am Schluß der Anmerkung). Das sei die „einfache und richtige Lösung der Schwierigkeit, die im Worte „rechtswidrig" (Art. 50 sagt „widerrechtlich") des OR verborgen liegt." — „Nach meiner Ansicht also" — fährt der Aufsatz fort, s. S. 240 — „sollte es heißen: wer dem andern, ohne hierzu besonders berechtigt zu sein, Schaden zufügt, ist verpflichtet, den Schaden zu ersetzen." — Ich vermag in dieser Argumentation nur den Versuch einer berichtigenden Auslegung zu erblicken. Daß sie sich übrigens mit der von Gmür geäußerten Auffassung faktisch deckt, erhellt aus folgendem Satze: „Ich meine" — S. 240 — „die Rechtswidrigkeit einer solchen Handlung bestehe eben in ihrer schädigenden Wirkung; diese ihre Eigenschaft genügt, um sie zur rechtswidrigen zu machen, und sollte Grund genug sein, sie zu unterlassen." Hier wird doch offenbar in gleicher Weise wie bei Gmür das von W. Burckhardt oben abgelehnte Verbot der Vermögensschädigung vorausgesetzt; denn nur bei dessen Annahme kann die unbefugte Vermögensschädigung als rechtswidrig (verboten) erscheinen. In den am Schluß des Referates aufgeführten Thesen empfiehlt W. Burckhardt sodann „als Voraussetzung zur Schadensersatzpflicht nur die Zufügung von Schaden und nicht die widerrechtliche Zufügung von Schaden aufzustellen." Dadurch wäre

schädigung[1] im positiven schweizerischen Recht nirgends verboten sind. Es wird dies hauptsächlich die Schädigungen durch unlautern Wettbewerb und durch ungerechtfertigten Boykott betreffen. Hier hat freilich die bundesgerichtliche Praxis in höchst wirksamer Weise eingegriffen, indem sie die dem von der französischen Jurisprudenz gestützt auf Art. 1382 ausgebildeten Rechtsbegriff der concurrence déloyale entsprechende Handlungsweise als ein auch nach schweizerischem Recht verbotenes, widerrechtliches Verhalten qualifiziert hat. Die Widerrechtlichkeit der concurrence déloyale wird nämlich erblickt in der Verletzung eines dem geschädigten Konkurrenten zustehenden Individualrechts „auf Anerkennung seiner Persönlichkeit im Gewerbebetrieb"[2], so z. B. verletzt, wer als Mitbewerber „den Ruf, den ein anderer Gewerbetreibender sich erworben hat, für sich auszubeuten sucht, indem er durch Gebrauch der gleichen oder einer täuschend ähnlichen Geschäftsbezeichnung den Schein erweckt, als sei sein Geschäft mit demjenigen des andern identisch oder die Fortsetzung desselben und dergl."[3] ein dem Geschädigten zustehendes, durch erlaubten Gebrauch erworbenes Individualrecht an der von ihm verwendeten Geschäftsbezeichnung[4]. Ebenso macht sich der Verletzung eines Individualrechts, des jedem Mitbewerber zustehenden Anspruchs „auf Anerkennung und

---

natürlich keine sachliche Änderung des Art. 50 bewirkt worden. — C. Chr. Burckhardt in ZSchwR N. F. Bd. 22 S. 514 schließt sich dieser von W. Burckhardt vertretenen Auffassung über das Merkmal „widerrechtlich" an.

[1] Vgl. die Anmerkung auf S. 40 am Schluß.

[2] BGE Bd. 24 II S. 74.

[3] BGE 17 S. 710.

[4] BGE 23. 1810, 24. 603, 26 II 365, 29 II 67.

Geltung ihrer Persönlichkeit im Verkehr" schuldig, wer „durch unlautere, guter Verkehrssitte widerstreitende Mittel die gewerblichen Leistungen der Mitbewerber zu diskreditieren sucht, die selben zu seinem Vorteil herabwürdigt"[1]. — Worauf gründet sich aber die Existenz dieser Individualrechte nach schweizerischem Recht? Eine Frage, die hier notwendigerweise aufgeworfen werden muß, sofern man nicht schon in dem Umstande, daß sie „von Kohlers forschendem Geist entdeckt worden" sind, ein hinreichender Beweis ihrer Existenz auch für das schweizerische Recht zu erblicken vermag. Mit andern Worten, es soll die zur Existenz dieser Rechte als staatlich geschützter Interessen erforderliche Schutznorm im geltenden schweizerischen Recht nachgewiesen werden. Nach einer gelegentlichen Bemerkung[2] zu schließen scheint das Bundesgericht hiefür Art. 50 OR in Anspruch nehmen zu wollen, wenn es darauf hinweist, daß „die ganze Rechtsprechung des Bundesgerichts in Sachen der illoyalen Konkurrenz sich ja auch lediglich an Hand des Art. 50 und auf Grund ähnlicher Gedankengänge[3] entwickelt" habe. Daß aber vom Standpunkt der herrschenden Auslegung, wonach der durch Art. 50 gewährte Schutz Folge der Widerrechtlichkeit der Schädigung ist, also die Rechtsqualität des verletzten Interesses oder Gutes voraussetzt, Art. 50 hiefür nicht die Grund-

[1] BGE 21. 1181, 22. 161.

[2] BGE 32 II S. 369.

[3] Der unten im Text wiedergegebene Gedankengang diente zur Darlegung, daß die völlige Vernichtung eines Konkurrenten bezweckende Boykottierung nicht als Rechtsausübung oder als eine erlaubte Betätigung der Freiheit qualifiziert werden könne, daß infolgedessen das Merkmal „widerrechtlich" nach der subjektiven Theorie (Schädigung ohne Recht) erfüllt sei.

lage bieten kann, erhellt ohne weiteres. Ein Interesse oder Gut zum Recht bezw. Rechtsgut erklären deswegen, weil es durch Art. 50 geschützt sei, wäre demnach vom Standpunkt der herrschenden Auslegung ein offensichtlicher Zirkel. Der Schutz des Art. 50 wird bedingt durch die Widerrechtlichkeit des Eingriffs und die Widerrechtlichkeit ist vorhanden soweit die Interessenssphäre durch den Schutz des Art. 50 zur Rechtssphäre erhoben ist[1]. Das trifft

[1] Wenn in einem neuern Entscheid Bd. 33 II S. 568 gerade im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit der concurrence déloyale und des ungerechtfertigten Boykotts ausgeführt wird: „Das Bundesgericht hat Rechte oder Rechtsgüter, denen das Zivilrecht Schutz gewährt, als schutzfähig und schutzbedürftig anerkennt, ganz abgesehen von besondern Schutznormen, aus den Bedürfnissen des Rechtslebens, der Natur der Rechtsbeziehungen und des ganzen Zusammenhanges der Rechtsordnung heraus", so erhebt sich doch wieder die Frage welche Bestimmungen des Zivilrechts schützen denn die hier in Frage kommenden Interessen? Doch wohl Art. 50. Die beliebte Berufung auf die sog. „allgemeine Rechtsordnung", welche unabhängig von Art. 50 diese Interessen oder Güter als Rechte bezw. Rechtsgüter anerkennen soll — s. den zit. Entscheid S. 567 sub 3 — kann, abgesehen davon, daß man nicht recht einzusehen vermag, wodurch denn eigentlich diese Anerkennung zum Ausdruck kommt, nur dann ein beweiskräftiges Argument bilden, sofern das positive Recht irgendwelche Anhaltspunkte liefert, welche die Annahme solcher in der sog. allgemeinen Rechtsordnung enthaltenen ungesetzten Normen rechtfertigen würde, wie das hinsichtlich des allgemeinen Verbots der Schädigung fremden Vermögens — vgl. S. 42 und S. 40 oben Anmerkung — nach der hier vertretenen Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" der Fall ist. Ohne solche Anhaltspunkte steht die Berufung auf die allgemeine Rechtsordnung als Beweis für die Existenz der fraglichen Rechte völlig in der Luft. Es ist nur eine Maskierung der Tatsache, daß hier der Richter „Rechte" anerkennt, wo das Bedürfnis für die Statuierung einer Schadensersatzpflicht vorhanden ist. Bei diesem Sachverhalt sollte das obige Zitat folgendermaßen lauten — s. Bd 33 II S. 568 —:

ganz besonders zu für das „Individualrecht auf Achtung und Geltung" in dessen Verletzung die Widerrechtlichkeit der Schädigung durch ungerechtfertigten[1] Boykott[2] erblickt

---

„Das Bundesgericht hat Interessen oder Güter, denen das Zivilrecht — nämlich Art. 1382 C. c. hinsichtlich der concurrence déloyale und § 826 BGB bezüglich des ungerechtfertigten Boykotts — Schutz zu gewähren pflegt, als Rechte bezw. Rechtsgüter anerkannt . . . u. s. f.

[1] Ungerechtfertigt ist der Boykott, wenn er nicht in Wahrnehmung berechtigter Interessen — s. BE Bd. 34 II S. 254 sub b. — verhängt wird. Berechtigte Interessen sind solche, „deren Wahrung nach den Grundsätzen des richtigen Rechtes geboten" sind — s. Stammler, Lehre vom richtigen Recht S. 487.

[2] Ob in Zukunft Art. 28 ZGB: „Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen" die Grundlage liefert für die nach der herrschenden Auslegung zur Erfüllung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 erforderlichen Widerrechtlichkeit des ungerechtfertigten Boykotts, kann dahingestellt bleiben. Dafür Egger, Kommentar, S. 110 sub f. Immerhin scheinen viele der hier aufgeführten „Rechte" doch sehr problematischer Natur z. B. das „Recht auf ungestörte Ausübung des Gewerbebetriebes" s. Egger, l. c. S. 107 oben. Nach Oertmann, Verhandl. des 28. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 60 ist „dieses problematische Recht fast ausschließlich aus den Sonderbestimmungen des Wettbewerbgesetzes abstrahiert" und „läßt sich nach allgemeiner Meinung über dieses Gebiet nicht ausdehnen." — Worauf gründet sich dieses subjektive Recht im schweizerischen Recht? Doch wohl auf Art. 28, sofern nämlich in jeder unbefugten Störung des Gewerbebetriebes eine Verletzung der persönlichen Verhältnisse liegen sollte; das subjektive Recht ist Folge des hier gewährten Schutzes und darf deshalb zur Beantwortung der Frage, ob durch das fragliche Handeln der Tatbestand des Art 28 ZGB erfüllt sei, nicht einfach vorausgesetzt werden. — Meines Wissens hat die Richtigkeit des von Regelsberger, Pandekten S. 198 ausgesprochenen Satzes: „Es wäre müssig und verkehrt, für jede Außenseite der Persönlichkeit, für jede einzelne Tätigkeitsrichtung ein besonderes Individualrecht aufzustellen" noch niemand widerlegt.

worden ist. Hier sah sich denn das Bundesgericht doch genötigt, den Entscheid jeweilen auch von der von ihm abgelehnten sogen. subjektiven Theorie aus (Schädigung ohne Recht) zu begründen,[1] d. h. darzulegen, daß die

[1] Der erste Entscheid über Boykott ist lediglich nach der sogen. objektiven Theorie begründet worden. Die Widerrechtlichkeit besteht in der Verletzung „des Individualrechtes auf Achtung und Geltung der Persönlichkeit im Geschäftsverkehr" s. BE Bd. 22 S. 185 und 32 II S. 367. [Das Gericht schloß sich hier der deutschen Praxis RG 28, 249 (Buchhändlerprozeß) an. Vgl. die Bemerkungen bei Oertmann, Verhandl. des 28. deutschen Juristentages Bd. 2 S. 59. Darnach war dieses vom Reichsgericht nun wieder aufgegebene Recht, „nur eine Art Notbrücke, um das für wünschenswert erachtete, aber nach dem damals geltenden Recht, übrigens schwer zu begründende Ergebnis theoretisch zu stützen.] Meines Erachtens geschah hier die Boykottierung — Lieferungsboykott gegenüber einem renitenten Bäckermeister, der dem Verband nicht beigetreten war und die ihm angehörigen zum Halten eines Minimalpreises verpflichteten Konkurrenten, durch Preisunterbietungen, die einen gewinnbringenden Betrieb ausschlossen, schädigte — durchaus in Wahrung berechtigter Interessen. Die Boykottierung bezweckte hier keineswegs die Vernichtung des Klägers, sondern wollte ihn offensichtlich nur im Interesse des Verbandes veranlassen, von seinem unrichtigen Verhalten, das vom Bundesgericht als „guter Verkehrssitte" widersprechend qualifiziert wurde, — s. BE Bd. 22 S. 187 — abzustehen. Die sog. subjektive Theorie garantiert hier m. E. einzig eine richtige Beurteilung; es ist also zu fragen, „ob der Angreifer in Wahrung **berechtigter** Interessen gehandelt habe". BE 34 II S. 244. — Unrichtig ist dagegen der in BE 25 II S. 803 ausgesprochene Grundsatz: „La mise à l'index étant dans l'exercice d'un droit, *elle n'a pas besoin, d'être justifiée.*" Das „droit" besteht vielmehr nur, soweit sich die schädigende Maßregel in Wahrung berechtigter Interessen als gerechtfertigt erweist. Ganz mit Recht haben daher die kant. Instanzen „*considéré comme importante au point de vue du caractère illicite* qu'elles ont attribué à la mise à l'index, *la circonstance que cette mésure* ***n'était pas justifiée*** *en fait.*" — Einflußlos auf die Frage der Rechtmäßigkeit der Schädigung durch Boykott ist auch der vom Bundesgericht im Entscheid Bd. 33 II

Durchführung eines ungerechtfertigten Boykotts und die damit verbundene Schädigung nicht als Rechtsausübung oder erlaubte Betätigung der Freiheit gelten könne. Die Befugnis zur Boykottierung — heißt es im Entscheid Bd. 32 II S. 368, der zum Gegenstand hat die vom Syndikat schweizerischer Apotheker durch vollständige Boykottierung beabsichtigte Vernichtung der genossenschaftlich organisierten Volksapotheken, welche nach Art. 3 der Statuten bezwecken, „de fournir aux sociétés de secours mutuels ainsi qu'à leurs membres et au public en général des médicaments dans les meilleures conditions de qualité et de prix" — könne nicht etwa von der durch Art. 31 BV gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit abgeleitet werden, weil diesem Grundsatz bekanntlich nur öffentlich rechtliche [Schutz gegen Eingriffe seitens der öffentlichen Gewalt], keine privatrechtliche Bedeutung zukommt. „Es ist vielmehr .... zurückzugehen auf das Wesen und den Zweck der derzeit geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung. Nach dieser Rechtsordnung ist, ganz allgemein gesprochen, der Freiheit des einzelnen überall die Schranke gesetzt, daß auch die Freiheit der andern dabei muß bestehen können[1]. Hieraus folgt

---

S. 119 als erheblich betrachtete Umstand, ob sich der Boykott an der Kapitalmacht des Boykottierten gebrochen hat. — Ferner wird die Bejahung der Widerrechtlichkeit, wie das Gericht nach der Motivierung im zit. Entscheid S. 118 anzunehmen scheint, auch nicht dadurch bedingt, daß der Boykott oder die Sperre „auf die völlige Vernichtung der wirtschaftlichen Persönlichkeit oder auf deren völlige Lahmlegung gerichtet" sein muß. —

[1] Diese Formulierung erinnert an eine Stelle in der Kritik der reinen Vernunft, wo Kant die Idee im platonischen Sinn gegenüber einem unverständigen Kritiker in Schutz nimmt, vgl. Kritik

aber, daß die Ausübung der Rechte und die Betätigung der menschlichen Freiheit in einer Weise erfolgen muß, die auch dem Mitmenschen die Betätigung seiner Rechte und seiner Freiheit ermöglicht. Wird das Recht und die Freiheit dazu gebraucht, die Freiheit eines andern zu unterdrücken oder in ihrem Wesen einzuschränken, so liegt ein Mißbrauch des Rechtes und der Freiheit vor, der vor der Rechtsordnung nicht bestehen kann; Recht schlägt dann in Unrecht um, und es handelte sich nicht mehr um die erlaubte Ausübung des Rechtes" (ergänze: oder Betätigung der Freiheit), „sondern um Rechtsmißbrauch"[1].

Abgesehen hievon besteht die praktische Differenz[2] darin, daß bei Anwendung des Merkmals „widerrechtlich" —

---

der reinen Vernunft, hgg. von Kirchmann 8. A. S. 330 „Eine Verfassung von der größten menschlichen Freiheit nach Gesetzen, welche machen, daß Jedes Freiheit mit der Anderen ihrer zusammen bestehen kann, ... ist doch wenigstens eine notwendige Idee, die man nicht bloß im ersten Entwurf einer Staatsverfassung, sondern auch bei allen Gesetzen zum Grunde legen muß. ...."

[1] Anschließend an diese mit ausdrücklicher Bezugnahme auf Stammler's Lehre vom richtigen Recht erfolgten Begründung wird, wie es auch Sourdat für das französische Recht getan hat, vgl. vorn im Text S. 34 — betont, daß diese „aus dem Wesen und Zweck der Rechtsordnung selber folgende Grundsätze" nicht abgewiesen werden können „unter Berufung darauf, daß erlaubt sei, was nicht verboten ist. ..."

[2] Die hier vertretene Auslegung verunmöglicht auch eine derart komplizierte Begründung, wie sie das Bundesgericht in dem bekannten Firmenstreit Levi contre Naphtaly gegeben hat, wo dem Firmainhaber nebst dem nach den Bestimmungen des Firmenrechtes Art. 865 ff OR an der eingetragenen Firma bestehendem Rechte noch ein an der selben Firma zustehendes Individualrecht zugesprochen worden ist, vgl. BE 23 II S. 1748 ff. — Naphtali (Vornahme) Levi (Familienname) Inhaber einer Kleiderhandlung unter der

„sans droit“ — in seiner wahren Bedeutung es ermöglicht wird, noch weitere von der bisherigen Praxis nicht erfaßte Fälle unbefugter Schädigung unter Art. 50 OR zu subsumieren, so z. B. auch die Formen unlautern Wettbewerbs, bei denen eine Verletzung eines Individualrechts nicht wohl anzunehmen sein wird, so bei der häufig vorkommenden Art, wo durch falsche Angaben einer Ware die gleiche Anziehungskraft, wie sie das der Angabe entsprechende Produkt besitzt, verschafft werden soll, voraus-

---

eingetragenen Firma N. Levi änderte die Firma, als er einen Laden gegenüber der Kleiderhandlung der ebenfalls eingetragenen Firma „G. Naphtaly“ eröffnete, in „Naphtali Levi“ um — die Abänderung wurde ebenfalls ins Handelsregister eingetragen — und ließ die Ladentüre mit einer Aufschrift versehen, die in großen Buchstaben den Namen „Naphtali“ enthielt, darunter in ganz kleiner Form in eine Verzierung verflochten, wie sie auch die Ladentüre am Konkurrenzgeschäft aufwies, den Familiennamen Levi, zu dem offensichtlichen Zweck auf diese Weise Verwechslungen mit dem bekannten Konkurrenzgeschäft Naphtaly herbeizuführen. — Hier liegt doch mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse, die bei dieser Frage nie unberücksichtigt bleiben dürfen, ein offenbarer Rechtsmißbrauch vor — vgl. jetzt Art. 2 ZGB. — Es ist, abstrakt betrachtet, gewiß richtig, daß Levi, wie das Bundesgericht im zitierten Entscheid S. 1752 Erw. 2 ausführt, nach dem Wortlaut des Art. 867: „Wer ein Geschäft ..... betreibt, darf ..... seinen Familiennamen mit oder ohne Vornamen als Firma führen,“ zu der nachträglichen Aufnahme des ausgeschriebenen Vornamens in die Firma befugt war; allein bei einer solchen abstrakten Betrachtungsweise wäre überhaupt nie ein böswilliger Rechtsmißbrauch feststellbar, der sich immer erst aus der Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse ergibt. An sich betrachtet, unterscheidet sich die Einwirkung auf das Eigentumsobjekt durch denjenigen, welcher beim Brunnengraben dem Nachbargrundstück die Quelle entzieht, in Nichts von demjenigen, der, lediglich um den Nachbar zu schädigen, das Wasser abgräbt, und doch ist das erstere nach röm. Recht eine befugte Betätigung, das letztere

gesetzt, daß nach dem Urteil des Richters diese unrichtige Angabe ihrer Natur nach geeignet war, eine Steigerung des Absatzes und damit die Schädigung der an dem betreffenden Kundenkreis interessierten Konkurrenz zu bewirken. Nicht die Feststellung der zur Erfüllung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 erforderlichen Nichtrechtmäßigkeit wird hier Schwierigkeiten machen; denn unsere Auffassung über das Wesen der von der Rechtsordnung gewährten Freiheit[1] ergibt ohne weiteres, daß in derartig schwindelhaften Angaben keine befugte[2] Betäti-

---

ein böswilliger Rechtsmißbrauch l. 1 § 12 D 39, 3. So auch hier; wer von der ihm nach Art. 867 an sich zustehenden Befugnis, in seine Firma auch den Vornamen aufzunehmen „entgegen dem Zwecke des Institutes der Namengebung, anstatt zur Unterscheidung der einen Persönlichkeit von der andern," BE 23 II S. 1760 nur Gebrauch macht, um auf diese Weise zwecks Kundenfangs Verwechslungen mit dem Konkurrenzgeschäft herbeizuführen, begeht einen böswilligen Rechtsmißbrauch, den keine Rechtsordnung als eine befugte Rechtsausübung anerkennen kann. M. E. kann also in diesem arglistigen Verhalten unmöglich ein befugter Gebrauch der Firma liegen. Art. 876 OR Abs. 2 ist also anwendbar. Auf nicht eingetragene Firmen würde in einem solchen Fall Art. 50 OR zur Anwendung kommen.

Nach der Auffassung des Bundesgericht dagegen gestattet das Firmenrecht einen derartigen arglistigen Gebrauch des Vornamens Art. 867 OR s. S. 1752 ff. Erw. 2. Es liege aber nach den in Art. 50 OR enthaltenen Bestimmungen gegen concurrence déloyale im Verhalten des Levi „eine Verletzung des Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben im Verkehr" und „ein Eingriff in das Recht" des Naphtaly „auf das von ihm im gewerblichen Verkehr gewählte Individualisierungszeichen . . . . ." S. 1755 ff. Erw. 3 und 4.

[1] s. S. 39 und 40 Anmerk.

[2] Auch W. Burckhardt ZSt.R Bd 15 S. 240 und 241 nimmt an, daß durch solche unrichtige Angaben z. B. über die Eigenschaften der Ware, das Erfordernis, daß der Schädigende ohne Berechtigung gehandelt habe — also nach unserer Auffassung das Merkmal „wider-

gung der Handels- und Gewerbefreiheit erblickt werden kann[1], sondern einzig die Frage, ob die vom Kläger zu beweisende Vermögensverletzung oder Gefährdung[2], welche die Aktivlegitimation zur Erhebung der Leistungs- oder Feststellungsklage bildet, als erstellt zu erachten sei.[3]

---

rechtlich" — „sans droit" — erfüllt werde, indem dadurch der Konkurrent „über das erlaubte Maß hinausgegangen" sei

[1] Solche Fälle sind teilweise durch kantonale Strafgesetze verpönt, vgl. darüber Korrodi: Die strafrechtl. Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes S. 46 ff.

[2] Vgl. über diese Schwierigkeit Pfaff, zum unlautern Wettbewerb, Verhandl. des 23. deutschen Juristentages Bd. 2, S. 474.

[3] Durch Art. 18 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken ꝛc., vom 26. September 1890 ist untersagt, „ein Produkt mit einer der Wirklichkeit nicht entsprechenden Herkunftsbezeichnung zu versehen", jedoch ist zur Anhebung der Zivil- oder Strafklage nur legitimiert, wer „in der fälschlich angegebenen.. Gegend ... niedergelassen ist" Art. 27, 2 a. Dem nicht im Herkunftsgebiet wohnenden geschädigten Konkurrenten steht dagegen zweifellos die Klage aus Art. 50 OR zu. Das Markengesetz gewährt unter gewissen Voraussetzungen eine Erhöhung des bereits nach Art. 50 OR gegebenen Schutzes. Für die Fälle, wo die besondern Voraussetzungen nicht vorliegen, kommt nach wie vor Art. 50 OR zur Anwendung. — Vgl. im gleichen Sinn zur selben Frage im französischen Recht O. Mayer in der Zeitschrift für d. ges. Handelsrecht Bd. 26 S. 413. — Wer also z. B. — s. BE Bd. 30 II S. 233 Erw. 4 — nicht rein amerikanischer Petrol als „standard white amerikanisch" in den Handel bringt, wird dem dadurch geschädigten Konkurrenten, der in der Schweiz wohnt, eben nach Art, 50 OR ersatzpflichtig. — Das Bundesgericht hat in diesem Fall die Klage mangels Nachweises eines Schadens bezw. hinsichtlich des Feststellungsspruches wegen Fehlens eines „streitigen Rechtsverhältnisses oder Bedrohung des bestehenden Rechtszustandes" (der eingeklagte Konkurrent habe zugegeben, daß er zur Verwendung der falschen Herkunftsbezeichnung nicht befugt sei, s. S. 235 oben) abgewiesen und dabei die Frage, ob überhaupt neben jener Spezialnorm (des Markengesetzes) Art. 50 noch zur Anwendung kommen dürfe, als „keines-

Andere Arten schädigenden Verhaltens — z. B. der vom Freiburger Gesetz d. d. 29. November 1900 mit zuchtpolizeilicher Strafe bis 4 Monate Gefängnis oder bis Fr. 2000 Geldbuße — Art. 1 — bedrohte Fall ruinöser Konkurrenz nach Art. 4 „derjenige, welcher zum Zweck des Ruins des Geschäftes oder eines Geschäftszweiges eines oder mehrerer Konkurrenten unter dem Selbstkostenpreis einen großen Warenvorrat zum Verkauf anbietet, wird zu den in Art. 1 vorgesehenen Strafen verurteilt“[1] — auf welche nach

---

wegs liquid“ erachtet“ s. S. 236. Das kann jedoch nur vom Standpunkt der herrschenden Auslegung nicht bei der hier festgestellten Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich“ zutreffen.

[1] Nach der Argumentation bei Stooß ZSchw.R N. F. Bd. 5. S. 573 „Voraussetzung der zivilrechtlichen Ersatzpflicht bildet in der Regel die widerrechtliche und schuldhafte Verursachung eines Schadens. Zum allgemeinen Tatbestand der strafbaren Handlung gehört Rechtswidrigkeit der Handlung und subjektiv Verschuldung. Schädigungen aus strafbaren Handlungen stellen sich somit ohne Weiteres als Schädigungen aus unerlaubten Handlungen im Sinne des Obligationenrechts dar“, ebenso Liechti, Boykott ... S. 95 u. a. würde im vorliegenden Tatbestand auch eine „widerrechtliche“ Handlung nach Art. 50 OR vorliegen. Allein die Argumentation ist unrichtig. Abgesehen vom Immobiliarrecht — vgl. BE Bd. 19 S. 269 — bestimmt sich die Widerrechtlichkeit der Schädigung ausschließlich nach eidgenössischen Recht, vgl. BE Bd. 17 S. 158, 33 II S. 568 — In der Regel wird das kantonale Strafrecht nur solche Schädigungen unter Strafe stellen, die als „widerrechtlich“ — „sans droit“ im Sinne des Art. 50 erscheinen. Ausgeschlossen ist es jedoch nicht, daß das kantonale Recht mit Verletzung des Bundesrechts auch einmal eine im Sinne des Art. 50 OR berechtigte Schädigung verpönt. Das könnte gerade bei Art. 4 des oben zitierten Gesetzes der Fall sein, sofern nämlich darin eine Verletzung der durch Art. 31 BV gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit erblickt werden müßte, eine Frage die sich nicht kurzerhand verneinen läßt.

BGB die Anwendung von § 826 in Frage stehen wird,[1] können dagegen auf ihre Rechtmäßigkeit wiederum, wie es beim Boykott der Fall war, nur durch Rückgang auf Wesen und Zweck des Rechtes,[2] anhand der daraus abgeleiteten Grundsätze,[3] aus denen sich die dem subjektiven Rechte und der von der Rechtsordnung gewährten Freiheit immanente Begrenzung[4] ergibt, beurteilt werden. —

[Zum Schluß der Arbeit dürfte es angezeigt sein, noch kurz den bei den Räten befindlichen Entwurf zur Revision des Obligationenrechtes zu berühren. Hier findet sich der Wortlaut des Art. 50 OR unverändert in Art. 1058 des Entwurfs wiedergegeben. Der im Entwurf vorgesehene Absatz 2: „Ebenso ist zum Ersatze verpflichtet, wer einem andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt" ist bei Beratung durch den Nationalrat auf Antrag der Kommission gestrichen worden. Voraussichtlich dürfte es dabei verbleiben. Die Kommission hat die Streichung, wie der Referent Huber ausführte — s. Amtl. Stenograph. Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung Oktober 1909 S. 493 — in der Meinung beantragt, „daß man bisher mit Art. 50 schon überall ausgekommen sei und bei einer richtigen Auslegung des Ausdruckes „widerrechtlich" in Art. 50 auch künftig die Fälle werden treffen können, die sonst unter Absatz 2 hätten gezogen werden wollen." — Faßt man aber die Bedeutung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 im Sinne der herrschenden Auslegung, so erscheinen Schädigungen gegen die guten Sitten nicht an sich schon als widerrechtlich, wie aus Art. 17 OR erhellt, wo die unsittliche d. i. gegen die guten Sitten verstoßende (franz. Text Art. 17 „Un

[1] Vgl. die bei Stammler S. 484 ff. enthaltene Kasuistik.

[2] Vgl vorn S. 48, wo das Bundesgericht ebenfalls „in Anlehnung an Stammler" entschieden hat, s. BE. 33 II S. 118.

[3] Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht S. 196, 201 und 204 ff.

[4] Stammler S. 213 ff. S. 250 und 251.

contrat ne peut avoir pour objet une chose ... *contraire aux bonnes mœurs*". Italienischer Text: „Possono formare oggetto di contratto soltanto le prestazioni .... non contrarie .... *ai buoni costumi.*) Leistung neben der widerrechtlichen angeführt ist. Die Streichung des Absatzes 2 ist nur begründet, wenn man die in dieser Arbeit vertretene Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" als richtig anerkennt. Von diesem Standpunkt aus ist es durchaus zutreffend, wenn der französische Referent Rossel bemerkt: (s. S. 497 Bulletin) „Dans les exemples cités par le message de 1905 (divulgation de secrets par des amis qui sont brouillés, par des fiancés qui sont séparés etc." und fügen wir bei auch in dem vom deutschen Referenten erwähnten Beispiel eines angeblich nur unter Absatz 2 subsumierbaren Falls: „... nach Auflösung einer Handelsgesellschaft läßt sich einer der ehemaligen Associé beikommen, Dritten Sachen auszuplaudern, die für den andern, der als Einzelfirma das Geschäft fortsetzt, empfindlich schädigend sein können in bezug auf das, was im Geschäftsgebahren geübt wurde, in bezug auf Geschäftskundschaft und dergleichen") — „il y a véritablement un acte illicite, une „unerlaubte Handlung" *On a causé „sans droit"*, pour reprendre la terminologie de l'art. 50, *un dommage à autrui, et la législation actuelle eût permis déjà d'atteindre des cas pareils.*" — Immerhin wäre es zur Vermeidung einer unrichtigen Anwendung des Art. 1058 zu begrüßen gewesen, wenn mit der Streichung des Absatzes 2, die bei Anschluß an die herrschende Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" in Art. 50 nicht gerechtfertigt war, gleichzeitig die Ersetzung des Wortes „widerrechtlich" durch die hier gleichbedeutende Wendung „ohne Recht", wie es bereits im Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch (neue Fassung der Expertenkommission, April 1908) bei der Notwehr Art. 26 — s. vorn S. 17 Anmerk. — geschehen ist, beschlossen worden wäre. —

Auf alle Formen unlautern Wettbewerbs, also auch auf die von der bisherigen Praxis infolge unrichtiger Auslegung des Merkmals „widerrechtlich" nicht erfaßten — oben S. 50 erwähnten — Fälle, wird in Zukunft Art. 1062

des revidierten OR zur Anwendung kommen, dessen Wortlaut bei der Beratung durch den Nationalrat folgendermaßen geändert worden ist.

E. „Wer durch wissentlich unwahre Auskündung oder sonstige Treu und Glauben verletzende Veranstaltungen eines andern in seiner Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder bedroht wird, kann die Einstellung dieses Geschäftsgebahrens und Ersatz des Schadens verlangen."

Beschluß des Nationalrates:

„Wer durch unwahre Auskündungen oder durch Treu und Glauben verletzende ..... und im Falle des Verschuldens Ersatz des Schadens verlangen." Sollte es bei dieser Fassung verbleiben, so würde dadurch die Anwendungssphäre des Art. 1062 gegenüber der ursprünglichen Form erheblich erweitert sein.]